

ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI

RESOLUCIÓN 47/2016

EB 2016/025

Resolución 047/2016, de 15 de abril de 2016, del 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 interpuesto por la empresa ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS SAU frente a los Pliegos del contrato “Servicio de regulación del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Zarautz (OTA)”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de febrero de 2016, la empresa ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U. (en adelante, EYSAL) interpuso un recurso especial en materia de contratación frente a los Pliegos del contrato “Servicio de regulación del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Zarautz (OTA)”.

SEGUNDO: Con fecha 23 de febrero se solicitó al poder adjudicador el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales se recibieron en el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) el día 1 de marzo.

TERCERO: Con fecha 2 de marzo se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose las de la empresa GERTEK el día 8 de marzo.

CUARTO: Por Resolución B-BN 005/2016, de 4 de marzo de 2016, el OARC / estimó la petición de medida cautelar solicitada por el recurrente y acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación activa del recurrente y la representación de quien actúa en su nombre.

SEGUNDO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

TERCERO: El recurrente estima que se trata de un contrato incluido en el ámbito del recurso especial, aunque alega que de la documentación contractual no puede deducirse si se trata de un contrato mixto de servicios y suministros o de un contrato de servicios, y en este último caso, si son o no servicios sujetos a regulación armonizada. GERTEK entiende que se trata de un contrato de gestión de servicio público en modalidad concesional que no cumple los requisitos establecidos en el artículo 40.1 c) del TRLCSP (gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros y duración superior a cinco años), por lo que el recurso es inadmisibile. Por su parte, el informe del poder adjudicador no se pronuncia sobre esta cuestión, si bien el apartado 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) califica el contrato como contrato de servicios y la cláusula 6 del PCAP establece que el valor estimado del contrato asciende a 2.387.316 euros.

Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 16/2014, 21/2015 y 47/2015) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que le haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastarla con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes. Efectuado este análisis, se observa que en el contrato analizado concurren prestaciones que reúnen las notas propias del contrato de servicios. Esta modalidad se define en términos amplísimos en el artículo 10 del TRLCSP como aquella cuyo objeto comprende “prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro.” En esta definición caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que, como en el caso analizado, la Administración solicita y remunera a un tercero prestaciones de hacer para que gestione un servicio de su propia competencia sin que medie transferencia del riesgo; en este caso concreto, de las cláusulas 6 y 8 del PCAP, que establecen el pago directo del poder adjudicador al contratista sin que el precio varíe en función de la mayor o menor demanda de los usuarios del servicio o de que la oferta no se ajuste a la demanda, y del artículo 4 a) del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), que especifica que “la totalidad de los ingresos derivados del servicio corresponden al Ayuntamiento”, se deduce claramente que el contratista no asume el “riesgo operacional” del negocio (ver, por ejemplo, las Resoluciones 76/2014 y 47/2015 del OARC / KEAO, el Acuerdo 52/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el informe 23/2010 de la

Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2009, asunto C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, de 10/3/2011, asunto C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 y de 10/11/2011, asunto C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721).

En definitiva, las características citadas permiten descartar que el contrato impugnado sea un contrato de gestión de servicio público y lo sitúan en la modalidad prevista en el artículo 10 TRLCSP, lo que, habida cuenta de su valor estimado, lo incluye en el ámbito objetivo del recurso especial. Como bien señala el recurrente, es indiferente, a efectos procesales y de determinación de la competencia de este Órgano (no así a efectos sustantivos, como se dirá más adelante), que el contrato pueda o no incluir también prestaciones típicas del contrato de suministros o que los servicios sean o no sujetos a regulación armonizada, pues, a la vista de los artículos 12 y 40.1, letras a) y b), del TRLCSP, la conclusión sería siempre que se trata de un contrato incluido en el ámbito objetivo del recurso especial, habida cuenta de su valor estimado.

Por todo ello, el recurso debe admitirse a trámite.

CUARTO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP establece que serán susceptibles de recurso especial “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.”

QUINTO: El Ayuntamiento de Zarautz, entidad que pretende la celebración del contrato, tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El objeto del contrato no se ha determinado correctamente y ha sido calificado como de servicios, sin precisar en qué categoría del Anexo II del TRLCSP se incluye. Por otro lado, en el citado objeto se incluyen también obligaciones propias del contrato de suministro, algunas de las cuales forman parte de los criterios de adjudicación. La confusión sobre el alcance del objeto del contrato y las contradicciones entre unos y otros apartados de los pliegos hacen muy complicado que los licitadores interesados presenten una oferta competitiva que el órgano de contratación pueda evaluar correctamente. Cabe la posibilidad de que el peso de los suministros o de los servicios sujetos a regulación armonizada sea el económicamente más relevante, con las repercusiones procedimentales y de publicidad que ello conllevaría.

b) El procedimiento ha sido declarado urgente (artículo 112 TRLCSP), sin que conste una motivación suficiente al respecto (de hecho, no hay una declaración expresa de urgencia). Además, no tiene sentido que en un servicio como el que se pretende licitar se den las circunstancias que justifican la declaración de

urgencia, y es contradictorio con ella que el acta de inicio de la actividad de la empresa adjudicataria se deba realizar en un plazo máximo de dos meses a partir de la firma del contrato, vulnerándose el artículo 112.2 c) TRLCSP, que exige que en los procedimientos declarados urgentes el inicio de la ejecución del contrato no pueda demorarse más allá de los 15 días hábiles desde la formalización del contrato.

c) Los criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas incluyen la proposición económica, con una ponderación del 51%; sin embargo, su valor es, en la práctica, mucho menor, ya que cualquier baja de licitación por encima del 12% solo obtendrá, como mucho, 2 puntos más que cualquier otra oferta con una baja del 12%. Al haberse establecido dos tramos de asignación de puntos totalmente dispares se está limitando indirectamente la baja, ya que se está incitando a que las bajas de licitación se agrupen en torno al 12%, ya que, cuanto mayor es la baja, menor es el reconocimiento que se le otorga, lo que no fomenta que los licitadores realicen mayores esfuerzos para rebajar sus precios. Todo ello facilita que sean los criterios discrecionales los decisivos en la licitación y que se haya eludido la constitución del Comité de Expertos al que se refiere el artículo 150.2 TRLCSP.

d) Otras irregularidades que el recurrente aprecia en los criterios de adjudicación son las siguientes:

- el apartado 1.2 del PPT establece en su artículo 2 d) la necesidad de incluir en la oferta el precio unitario por los suministros futuros "...a los precios unitarios de suministro o alquiler, según se especifica en estos Pliegos y que deberán ser indicados en su oferta"; sin embargo, estos precios no se incluyen dentro de los criterios evaluables de forma automática. Ello puede ocasionar que el poder adjudicador deba aceptar como oferta más ventajosa una que establezca unos precios unitarios desorbitados.

- en el criterio "Mejoras" no se establece cómo se van a asignar los 10 puntos correspondientes, y de su lectura se deduce que se tendrán en cuenta y valorarán todas las mejoras, sean o no útiles para el servicio, dándose el caso de que la puntuación se otorgará en función del valor de las mejoras según los importes que proponga el licitador, desvirtuándose el criterio al no establecerse formas de contrastar su afirmación.

e) Según la cláusula 21 del PCAP, solo corresponderá la modificación del contrato de conformidad con los artículos 105 a 108 del TRLCSP, indicándose en dicha cláusula que el adjudicatario debe aceptar una del inventario de plazas de hasta el 5% del total de plazas reguladas y que el Ayuntamiento tiene potestad para modificar las condiciones del servicio enumerando algunas, todo lo cual no deja claro si hay que entender que eso es o no una modificación a los efectos de los citados preceptos. El PPT (artículos 2d), 4c) y 8c) del PPT) da una regulación insuficiente de las modificaciones previstas, en contradicción además con lo que señala el PCAP, y no permiten que el licitador pueda evaluarlas y considerarlas en su oferta. Se infringe

también el artículo 106 TRLCSP, que establece los requisitos de las modificaciones contractuales previstas en los pliegos.

f) El recurrente considera no ajustada a derecho la prescripción contenida en el artículo 4 d) del PPT que establece que “el valor residual de las inversiones realizadas a 31 de diciembre de 2015 es de 178.352,11 + IVA (21%) que deberá ser asumido por el nuevo adjudicatario y satisfacerlo al contratista actual”; según los artículos 4c) y 4d) del Pliego, dicho importe no es, a su vez, una inversión amortizable del propio contrato que se adjudique, por lo que se trata directamente de un coste. Esta cláusula no es propia de un contrato de servicios, y supone un coste adicional para cualquier licitador excepto el actual adjudicatario, lo que vulnera los principios de igualdad de trato y libre competencia.

g) El recurrente observa las siguientes cláusulas, restrictivas de la libre competencia:

- según el artículo 2 del PPT, “las personas licitadoras deberán presentar para conocimiento de la administración y garantía de continuidad del servicio las especificaciones técnicas (tanto del hardware como del software) del sistema y expendedores propuestos haciendo hincapié en la posibilidad abierta de integración “multi – marca” y multiprotocolo de todos los elementos interconectados, estructura de bases de datos y especificaciones de tarjetas de usuario. Se valorará la utilización de estándares abiertos del mercado.” Esta estipulación olvida que el objeto del contrato no pide la instalación de todas las máquinas expendedoras de la ciudad, sino solo de las señaladas en el apartado 17 del PPT), y que el adjudicatario está obligado a efectuar el pago de una cantidad relevante en concepto de amortización de dichas máquinas, por lo que no puede optar por prescindir de las existentes y optar por cambiar la totalidad de las máquinas. Consecuentemente, el licitador podrá cumplir la obligación de integración multi – marca y multiprotocolo en la medida en que lo cumplan las máquinas propiedad del Ayuntamiento.

- el artículo 15 a) del PPT obliga a suministrar a los usuarios las tarjetas recargables, y el 24 indica que dicha tarjeta permitirá también el pago del Servicio de Bus Urbano; El 18 (a) 5 PPT vuelve a insistir en que “el sistema estará basado en estándares de mercado, diseñado como un “Sistema Abierto”, tanto en cuanto al protocolo de comunicaciones, al formato de las tarjetas de Usuario, etc.” El poder adjudicador, consultado al respecto, afirma que “las tarjetas chip solo pueden ser leídas / recargables en los parquímetros de la marca que existen actualmente. Tendrían que adaptarse al nuevo software de la empresa”; parece claro que ello implica que no le será posible a un licitador el cumplimiento de las especificaciones que impone el Ayuntamiento si no es el adjudicatario actual o cambia totalmente el sistema de tarjetas empleado, no solo en el estacionamiento regulado, sino también en el servicio de autobuses. Se señala que las máquinas propiedad del Ayuntamiento son del modelo SAIPE fabricado por la sociedad Open Traffic System, S.L., participada mayoritariamente por GERTEK, a su vez accionista único de OTA Zarautz S.L., actual sociedad adjudicataria del contrato de gestión de aparcamiento regulado en superficie de Zarautz, siendo GERTEK la única empresa que ha presentado oferta en el contrato impugnado, afirmación sobre la que se solicita la apertura de un periodo de prueba si se niega por el poder adjudicador o los demás licitadores.

h) Finalmente, el recurso solicita la anulación de los pliegos y los anuncios de licitación y la cancelación de todo el procedimiento.

SÉPTIMO: La empresa GERTEK se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) La tramitación urgente del procedimiento se debe a la necesidad de evitar la falta de cobertura contractual del servicio, como consta en un documento que es público y al que la recurrente pudo tener acceso, como lo ha tenido GERTEK; en el Decreto nº 1783 del Alcalde se acordó por este motivo la prórroga del contrato actualmente vigente. Por otro lado, los dos meses para iniciar la prestación son un plazo máximo, no mínimo, pudiendo y conviniendo iniciarla con antelación.

b) Los criterios de adjudicación automáticos se ajustan al TRLCSP; en concreto, la fórmula de valoración del precio, habitualmente empleada, no limita la baja ofertada y tiene una ponderación real del 51%, pues pueden alcanzarse los 51 puntos.

c) No es cierto que no se valoren los precios unitarios de suministro o alquiler futuro, aunque no se incluyan en la fórmula de valoración del precio. Estos precios deben incluirse en el Estudio Económico detallado que debe aportarse para ser valorado con detenimiento, pudiendo darse el caso de que, ante cualquier valor desproporcionado o anormal del citado estudio, la oferta se excluya. El apartado relativo a las mejoras es suficientemente claro, aunque exista en esta materia un cierto grado de subjetividad necesario para no limitar las propuestas innovadoras no previstas inicialmente por el órgano de contratación.

d) El PCAP establece la posibilidad de modificar el contrato en su cláusula 21 y establece tres concretas facultades de modificación, "entre otras", añadiendo luego otras el PPT, por lo que no hay contradicción alguna entre ambos documentos. Se recogen suficientemente los requisitos del artículo 106 TRLCSP. En cualquier caso, si se consideran modificaciones no suficientemente detalladas, se tendrán por no puestas, sin que ello afecte a la validez de los pliegos y sin perjuicio de que dichas modificaciones puedan tener cabida, en su caso, en el artículo 107 TRLCSP.

e) La obligación de abonar el valor residual de las inversiones es conforme a derecho y propia de un contrato de gestión de servicios públicos. No supone ventaja para la actual adjudicataria porque se refiere a inversiones ya realizadas y que el nuevo contratista va a aprovechar.

f) No se justifica que las condiciones técnicas del contrato limiten la competencia, pues es el Ayuntamiento el que asumiría la actualización del software de las tarjetas, y es falso que no se puedan adaptar las tarjetas recargables o que deba hacerlo el adjudicatario; precisamente, lo que se exige a los

licitadores es que las nuevas tarjetas estén preparadas para un sistema abierto de pagos, "open traffic", de hecho el recurrente está utilizando parquímetros y software del mismo fabricante en otros contratos, sin que ello haya limitado su capacidad de presentar oferta.

OCTAVO: Por su parte, el poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

- a) Partiendo del hecho de que el poder adjudicador pone a disposición del contratista los medios de su propiedad (número de parquímetros detallado en el pliego), los licitadores deberán determinar qué medios necesitan para prestar el servicio; cuando se dice que el adjudicatario debe suministrar las máquinas expendedoras necesarias simplemente se precisa que el contratista deberá aportar los medios necesarios para el servicio. Es claro que no hay suministro de expendedoras, pues las que se aporten se retirarán por el contratista al finalizar el contrato. La mención a la lista de precios unitarios y al suministro de expendedores es solo para articular posibles situaciones de ampliación de inventario de plazas superior al 5%, lo que conlleva modificar el contrato; para ese supuesto, se estima conveniente que el Ayuntamiento tenga el precio unitario de una máquina expendedora.
- b) A la vista de la copia del expediente queda justificada la declaración de urgencia, existiendo razones de interés público que la aconsejan, a la vista de la necesidad de regular el aparcamiento durante el verano y el resto del año y la finalización del contrato el 31 de diciembre de 2015. El plazo de dos meses para el inicio de la ejecución se debe a la necesidad de realizar previamente, entre otros, trabajos de repintado y señalización.
- c) La fórmula de valoración del precio no limita la posibilidad de ofrecer bajas por encima del 12%, y no hay voluntad de evitar bajas desproporcionadas.
- d) Las posibles modificaciones del contrato están claramente expuestas en la cláusula 21 del PCAP.
- e) El valor residual detallado es derivado de una serie de inversiones realizadas en los últimos años por el anterior adjudicatario. La amortización mencionada no supone ventaja para la empresa adjudicataria, que deberá hacer frente a la misma de igual manera que cualquier otra empresa que presente oferta.
- f) El sistema de parquímetros es el sistema abierto "open traffic", que convive con diferentes sistemas de parquímetros en otros municipios, por lo que cualquier empresa puede presentar oferta.

NOVENO: El recurrente alega que no se ha determinado correctamente el objeto del contrato, lo que conlleva dificultad para que los licitadores presenten una oferta competitiva e incertidumbre sobre el régimen jurídico de su procedimiento de adjudicación. El análisis de esta cuestión debe partir del apartado 1 del PCAP, que tiene el siguiente contenido:

«1. OBJETO DEL CONTRATO

El contrato que en base al presente pliego se realice, tendrá por objeto la prestación del servicio de regulación y control del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Zarautz (OTA), que incluyen el suministro e instalación, programación y puesta en servicio de expendedores de tickets, señalización horizontal y vertical, así como la gestión posterior de las Zonas en lo que se refiere al control directo del estacionamiento (incluso denuncia de infracciones), recaudación y mantenimiento integral de las instalaciones en los términos y condiciones del presente Pliego. La ejecución del objeto del contrato debe adecuarse a las condiciones que figuran en el contrato, en el presente Pliego, así como en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en su caso, documentos que tienen carácter contractual. La prestación del servicio comprende en términos generales:

-La vigilancia del cumplimiento de lo establecido en la Ordenanza reguladora del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Zarautz (en adelante Ordenanza OTA.)

-El suministro, instalación, retirada, gestión, mantenimiento integral y reposición de nueva maquinaria, materiales y sistemas, así como la actualización tecnológica del mismo según se detalla en el Pliego de Prescripciones Técnicas (apartado equipamiento)

-La instalación, retirada, gestión, mantenimiento integral, actualización tecnológica y reposición de los elementos materiales y sistemas, propiedad del Ayuntamiento de Zarautz que se detallan en el Pliego de Prescripciones Técnicas (anexo III)

-Suministro, implantación y conservación de todos los elementos y materiales necesarios para una correcta señalización de las zonas objeto de regulación. -Suministro, implantación y conservación de todos los elementos y materiales necesarios para una correcta información a los usuarios del servicio.

-La emisión de denuncias por infracciones a la Ordenanza OT A.»

De dicho contenido se deduce que el objeto del contrato comprende prestaciones propias de los contratos de servicios (regulación y control del aparcamiento, denuncia de infracciones, gestión de zonas de aparcamiento, recaudación, mantenimiento...) junto con otras típicas de los contratos de suministro (entrega

e instalación de maquinaria, sistemas y materiales, especialmente). Además, las prestaciones de servicios pueden incardinarse dentro de las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, y sujetas por lo tanto a regulación armonizada, o dentro de sus categorías 17 a 27, los llamados “servicios no prioritarios”. El artículo 12 TRLCSP establece que «cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.» Además, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de noviembre de 2002, asunto C-411/00, ECLI:EU:C:2002:660, aplica también un criterio puramente cuantitativo para delimitar el régimen aplicable a un contrato que contiene prestaciones de servicios sujetos a regulación armonizada junto a servicios no prioritarios (ver, en el mismo sentido, el artículo 22 de la Directiva 2004/18). El expediente no contiene datos suficientes para determinar cuál es la prestación económicamente más importante. El precio del contrato se fija como un tanto alzado anual que se paga mensualmente por doceavas partes y que comprende “toda clase de gastos derivados del servicio” (apartados 6 y 8 del PCAP); el valor estimado del contrato señalado en el apartado 6 del PCAP incluye “su duración inicial y la posible prórroga del mismo” sin computar ningún otro concepto, como, por ejemplo, las modificaciones previstas (artículo 88.1 TRLCSP), y está erróneamente calculado, pues la multiplicación por cuatro años (duración máxima del contrato, según el apartado 5 del PCAP) del importe anual (586.346,39 euros) no da como resultado el valor estimado consignado (2.837.316 euros). Tampoco se cumple el mandato del artículo 67.2 a) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), de consignar en el PCAP el código de las prestaciones contractuales según la clasificación nacional o comunitaria que corresponda. A todo ello debemos añadir que, a lo largo del PPT se establecen determinadas prestaciones propias del contrato de suministros cuyo valor estimado se desconoce completamente. Así, el apartado 2 (d) del PPT establece que «la empresa adjudicataria vendrá obligada a realizar las ampliaciones del sistema que desee relacionadas con el contrato durante la vigencia del mismo, a los precios unitarios de suministro o alquiler, según se especifica en estos Pliegos y que deberán ser indicados en su oferta». En este caso no solo existe indeterminación porque se desconoce el valor estimado de estos suministros, sino que ni siquiera se fija un importe unitario máximo (de hecho, ni siquiera es criterio de adjudicación, como bien señala el recurso), infringiendo la prohibición de que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de indicaciones posteriores de la Administración (artículo 2.2 RGLCAP). Análogos reproches se pueden formular al apartado 4 c) del PPT (necesidad de nuevos parquímetros y sustitución de expendedores).

A la vista de todo lo anterior, se puede afirmar que, en contra de lo que exige el artículo 86.1 TRLCSP, el objeto del contrato no está suficientemente determinado, pues los pliegos imponen al contratista obligaciones de suministro cuyo alcance se desconoce completamente, hasta el extremo de que los licitadores carecen de información suficiente para elaborar una oferta adecuada, lo que quiebra los principios de transparencia e igualdad de trato recogidos en el artículo 1 TRLCSP (ver la Resolución 24/2013 del OARC / KEAO). Por otro lado, se crea incertidumbre sobre la adecuación del procedimiento de adjudicación aplicable, ya que para

fijar éste es preciso conocer el peso económico de cada tipo de prestación en la globalidad del contrato, y ello no es posible precisamente debido a la citada indeterminación. Debe señalarse que las irregularidades de las estipulaciones contractuales que se refieren a las modificaciones previstas inciden también en la falta de objeto determinado (ver el Fundamento jurídico decimotercero).

Por todo ello, el motivo de impugnación basado en la falta de determinación del objeto del contrato debe ser aceptado.

DÉCIMO: La tramitación de urgencia recogida en el artículo 112 TRLCSP permite que el expediente de contratación se beneficie de determinadas especialidades relevantes que agilizan su tramitación, las cuales se justifican por ser necesarias para la satisfacción del interés público implicado en el contrato, interés que no se satisfaría con la tramitación ordinaria. Entre estas especialidades hay una singularmente significativa para las empresas interesadas en el contrato por afectar a su fase de licitación, que es la reducción a la mitad del plazo de presentación de proposiciones. Dicha reducción supone un obstáculo para el acceso al contrato porque recorta el tiempo necesario para la elaboración de una oferta adecuada, especialmente en contratos que, como el analizado, tienen un cierto nivel de complejidad técnica y económica; en este caso, el plazo de presentación de ofertas se queda en ocho días naturales desde la publicación, según el apartado 12 del PCAP y el punto 7 a) del anuncio de licitación. Este perjuicio a la concurrencia solo puede ser tolerado cuando se justifique por la imposibilidad de alcanzar de otra forma el interés público que el contrato pretende materializar, y solo si existe una proporcionalidad razonable entre la magnitud del perjuicio y la del citado interés. No basta, por lo tanto, con la mera invocación del interés general, el cual, por definición, existe en cualquier contrato del sector público (artículo 22.1 TRLCSP), sino que la declaración de urgencia deberá estar soportada por una motivación que acredite la existencia de necesidades que no pueden satisfacerse mediante el procedimiento ordinario, así como la proporcionalidad de la medida, debiendo ser todo ello coherente con el contenido del expediente y el desarrollo del procedimiento. Establecidos los requisitos cuyo cumplimiento debe acreditar la motivación solicitada por el artículo 112.1 del TRLCSP, procede que este OARC / KEAO analice la justificación aportada, que consta en un documento suscrito el 16 de diciembre de 2015 por el presidente de la Comisión de Gobierno que se titula precisamente “Justificación de la tramitación urgente del expediente” (“Espedientea presaz izapidetzeko justifikazioa”). El documento, que contiene incoherencias entre su fecha de emisión y las de los hechos a los que se refiere (se habla de una prórroga que se acordó mediante una resolución de 28 de diciembre), explica que el contrato con el actual prestador del servicio se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2015, que el servicio es imprescindible y de interés general, que ha sufrido diversos cambios y que, como consecuencia de todo ello, es necesaria la tramitación urgente para que el nuevo contratista pueda iniciar el servicio antes del verano, época en la que se incrementa enormemente la población del municipio. Esta justificación es insuficiente para fundamentar la declaración de urgencia, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de un contrato con su finalización

señalada por referencia a una fecha fija y cuyo objeto es un servicio público de prestación continua; que en este contrato, como en todos los del TRLCSP, esté implícito un interés general no significa necesariamente que éste no pueda satisfacerse por el procedimiento ordinario, cosa que no se desprende del documento. La referencia al periodo de verano no es tampoco convincente, pues no parece que, habida cuenta de los plazos previsibles de tramitación del procedimiento y perfección del contrato, la reducción de plazos prevista en el artículo 112 TRLCSP vaya a ser tan decisiva como para que solo si se dispone de ella pueda iniciarse la ejecución del contrato antes de la temporada estival; téngase en cuenta que, al tramitarse como un contrato no sujeto a regulación armonizada, puede llegar a utilizarse ordinariamente, de acuerdo con los artículos 143 y 159.2 TRLCSP, un plazo de 15 días naturales, por lo que la reducción conseguida con la declaración de urgencia es de tan solo siete días naturales. Esta reducción, escasamente útil para la consecución del interés público, es en cambio muy relevante para los operadores interesados en la licitación, pues les priva de casi la mitad del plazo mínimo (ya de por sí muy ajustado) para elaborar su oferta para un contrato de cierta complejidad; asimismo, perjudica la consecución de la máxima concurrencia y la finalidad que con ella se persigue, la selección de la oferta económicamente más ventajosa posible (artículo 1 TRLCSP). Por todo ello, este OARC / KEAO estima que no hay proporcionalidad entre el grave perjuicio a los principios de libre acceso y competencia (artículo 1 TRLCSP) causado por la declaración de urgencia y el hipotético, pero en cualquier caso pequeño, beneficio al interés general conseguido con ella. No puede dejar de señalarse, además, que el artículo 3 del PPT establece que “la puesta en funcionamiento y efectiva prestación del Servicio en las condiciones actuales, se realizará por parte de la empresa adjudicataria en la fecha del Acta de Inicio, que será en un plazo máximo de DOS meses a partir de la firma del contrato”. Dado que el artículo 112.2 c) TRLCSP establece que en la tramitación urgente el plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización, el citado artículo 3 del PPT no solo es manifiestamente contrario a este precepto, sino que desmiente totalmente las argumentaciones del poder adjudicador para justificar la urgencia. No es aceptable la justificación aportada en el informe del artículo 46.2 TRLCSP, que señala que ese dilatado plazo se debe a la necesidad de realizar ciertos trabajos y modificaciones antes del inicio de la ejecución del contrato (señalización, repintado, modificación tarifaria...), y ello por dos razones: la primera, que se trata, en todo caso, de una motivación extemporánea, pues ya no puede cumplir una de sus principales funcionalidades, la de permitir el control del acto por los interesados mediante un recurso fundado (ver, por ejemplo, la Resolución 96/2015 del OARC / KEAO), y la segunda, que dichos trabajos se podían ejecutar igualmente en paralelo a una tramitación ordinaria.

Consecuentemente, deben anularse el párrafo segundo del apartado 2 del PCAP y las prescripciones concordantes del anuncio de licitación.

UNDÉCIMO: El recurrente impugna la fórmula de valoración del precio empleada como criterio de adjudicación por considerar que desincentiva los descuentos, permitiendo que, de hecho, los criterios sujetos a apreciación tengan una ponderación en la adjudicación mayor que el que nominalmente les conceden los pliegos; concretamente, la fórmula es la siguiente (apartado 11.1 del PCAP):

«Se concederá el máximo de puntos a la empresa licitadora que realice la mejor oferta con una baja por encima del 12%. El resto de las ofertas recibirán puntos por interpolación, en el tramo que corresponda, en las dos rectas que se generan:

Recta A

.Porcentaje de baja ofertada = 0% 0 puntos

.Porcentaje de baja ofertada = 12% 49 puntos

Recta B

.Porcentaje de baja ofertada = 12% 49 puntos

.Porcentaje de baja ofertada = máximo ofertado por encima del 12% 51 puntos

Ejemplo:

Oferta más baja= 13% obtendrá 51 puntos

Segunda mejor oferta= 12,5%, obtendrá 50 puntos

Tercera mejor oferta= 10% obtendrá 40,83 puntos»

Los aspectos más relevantes de la fórmula impugnada son los siguientes:

- a) El sistema divide la valoración en dos tramos o “rectas” diferentes. El punto que divide ambos tramos es fijo, pues está calculado como un porcentaje del tipo de licitación y, al no depender del importe de las ofertas, es una constante previamente conocida por los licitadores, que tienen la certeza de que una baja de licitación del 12% (un precio ofertado de 515.984,83 euros sin IVA) obtendrá 49 de los 51 puntos que, como máximo, pueden obtenerse en este criterio (dicho de otro modo, conocen de antemano el importe que tienen que ofertar para obtener el 96,07% de la máxima puntuación posible). Además, los licitadores conocen con certeza su puntuación, con independencia del contenido de las demás ofertas, siempre que oferten bajas inferiores al 12% (es decir, siempre que se muevan en la “Recta A”), como se especifica en la letra

b) siguiente.

c) La valoración de todas las ofertas que se encuentren en la misma recta es proporcional, de forma que las puntuaciones atribuidas varían en el mismo porcentaje en el que lo hacen los descuentos. Sin embargo, la constante de proporcionalidad no es igual en ambos tramos; mientras que, en la recta "A", que puede generar hasta 49 puntos de diferencia entre las ofertas, es un valor previamente conocido (concretamente, se otorga un punto por cada 1.435,95 euros de descuento), en la recta "B", que produce una diferencia máxima entre sus extremos de 2 puntos, este dato se ignora, pues se desconoce "a priori" uno de los "extremos" de la recta, la oferta con el precio más bajo. De este modo, la proporcionalidad solo sería igual en ambas rectas si la oferta más baja fuera de 513.112,46 euros, es decir, 2.871,90 euros (1.435,95 *2) más barata que la oferta que obtiene 49 puntos (con una baja de licitación del 12,48 %).

d) La fórmula provoca que las proposiciones se limiten a ofrecer descuentos del 12% o importes muy cercanos a esta cifra, ya que así se garantizan una puntuación muy cercana a la máxima posible, sin que exista un incentivo que les obligue a mejorar su oferta más allá de ese descuento, pues por importante que fuera la rebaja, sólo podría obtener una puntuación adicional mínima. La fórmula es especialmente disuasoria para quienes pretendan ofertar bajadas superiores al 12,48 %, pues a partir de ese punto la constante de proporcionalidad entre el descuento y la puntuación en la recta B varía de tal manera que la puntuación obtenida por cada descuento es menor que la obtenida por el mismo descuento en la recta A (dicho de otro modo, obtener un punto adicional requiere hacer un descuento mayor del que se hace para obtener un punto en la recta A).

De lo anterior se deduce que la fórmula es contraria al principio de la oferta económicamente más ventajosa, ya que desincentiva que los licitadores presenten descuentos superiores al entorno del 12%. Asimismo, se infringe el principio de competencia, pues, para este criterio se elimina casi totalmente la incertidumbre sobre el comportamiento de los licitadores que dicha competencia requiere y se facilita la posibilidad de que las empresas adopten prácticas colusorias prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. Finalmente, al favorecer la homogeneización de las ofertas y la concentración de las mismas en un estrecho segmento de puntuación se desvirtúa la ponderación que formalmente tiene atribuido este criterio automático (51%), lo que aumenta la relevancia de los criterios sujetos a apreciación (según el PCAP, el 49% del total), en cuya aplicación son esperables diferencias de puntuación mayores, hasta convertirlos en los efectivamente decisivos.

Por todo ello, el recurso debe aceptarse en este punto, lo que conlleva la anulación del apartado 11.1 del PCAP en todo lo que se refiere a este criterio de adjudicación.

DUODÉCIMO: El recurrente impugna el criterio de adjudicación relativo a las “Mejoras”, que figura en el apartado 11.3 del PCAP con la siguiente literalidad:

«11.3.-Criterio 3: Mejoras (de 0 a 10 puntos)

En este apartado se valorarán todas aquellas mejoras sin coste, propuestas por las empresas licitadoras, además de servicios opcionales propuestos por los licitadores, que redunden en una mayor calidad final de los trabajos contratados.

Dichas mejoras serán valoradas económicamente, y se reflejará su precio IVA incluido. No se considerará ninguna mejora que no se valore económicamente.

Se indicará si la mejora es puntual o no. Si no lo es, deberá indicarse si será ofertada durante todo el periodo contractual y sus eventuales prórrogas. Si la Mesa de contratación considera que las mejoras no son adecuadas para el fin del contrato, el adjudicatario del contrato asumirá la deducción en el precio de adjudicación del contrato durante la primera anualidad, si la mejora es puntual (en este caso, en la primera factura del servicio se aplicará un descuento con el precio de las mejoras que no han sido consideradas) o si no durante la vigencia del contrato, si la mejora no es puntual (en este caso, todos los años en la primera factura del servicio se aplicará un descuento con el precio de las mejoras que no han sido consideradas) .

El desarrollo de este apartado abarcará como máximo 10 folios de tamaño DIN A4. No se valorará el contenido que exceda de la página 10. No se contabilizarán las portadas ni los índices que faciliten la comprensión de la oferta.

Todas las mejoras adjudicadas (que sean aceptadas en el informe de adjudicación) se implementarán en el plazo máximo de 2 años, y vendrán acompañadas de un plan de implantación con su cronograma.”

El artículo 147 TRLCSP establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte variantes o, como en el caso del criterio de adjudicación impugnado, mejoras. No obstante, dicho precepto exige que se cumplan ciertos requisitos. Entre ellos, y por lo que interesa al objeto de este recurso, el artículo 147.2 TRLCSP establece que, si se autoriza la presentación de mejoras, debe precisarse sobre qué elementos pueden versar y en qué condiciones pueden ofertarse. Este precepto no es sino una aplicación específica de otro principio más general, el que establece que los criterios de adjudicación no pueden tener un contenido tal que supongan, de hecho, el otorgamiento al poder adjudicador de una libertad incondicionada para adjudicar el contrato; dicho de otro modo, la descripción de un criterio de adjudicación no puede ser tan vaga o genérica que no vincule en nada al órgano que valora las ofertas (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17/9/2002, asunto C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495).

Contrastando lo expresado con el criterio impugnado, se observa que no hay ninguna referencia a los elementos sobre los que pueden versar las mejoras, señalándose únicamente que deberán redundar “en una mayor calidad final de los trabajos contratados”, lo que no supone ninguna concreción pues se trata de una característica que, por definición, es predicable de cualquier mejora, e incluso de cualquier criterio de adjudicación. Ello implica que, por una parte, los licitadores desconozcan los límites en los que puede moverse válidamente el contenido de su oferta, con la consiguiente inseguridad a la hora de elaborarla y presentarla, y por otra, que la Administración pueda libremente estimar o desestimar cualquier mejora propuesta, pues el único límite que señala el pliego para ello (que la Mesa de contratación considere que no son “adecuadas para el fin del contrato”) es tan amplio y genérico que en nada constriñe la actuación del poder adjudicador; todo ello infringe el artículo 147 TRLCSP y los principios de transparencia e igualdad (artículo 1 TRLCSP), pues se permiten decisiones administrativas arbitrarias, debiendo estimarse la impugnación del criterio de adjudicación “Mejoras” (ver, por ejemplo, las Resoluciones 6/2015 y 76/2015 de este OARC / KEAO).

Por otro lado, la repercusión económica de las mejoras no es objetiva, ya que se basa en la valoración del licitador, sin que conste si puede revisarla el poder adjudicador y, en su caso, con qué parámetros. Además, el hecho de que el importe de las mejoras propuestas por el adjudicatario y no estimadas adecuadas por la Mesa de Contratación se descuenta del precio contractual desincentiva claramente la propuesta de dichas mejoras; téngase en cuenta que, en ese caso, la empresa no solo no recibe puntuaciones en este criterio de adjudicación, sino que se le penaliza disminuyendo su precio, lo que le llevará a no correr ese riesgo omitiendo la aportación de mejoras o a minorarlo presentándolas con una valoración económica deliberadamente muy baja.

Por todo ello, debe anularse el apartado 11.3 del PCAP.

DECIMOTERCERO: El recurrente impugna las siguientes cláusulas de los pliegos por estimar que posibilitan la modificación del contrato previamente prevista en el artículo 106 TRLCSP sin cumplir los requisitos que esta norma establece:

«21. MODIFICACIONES DEL CONTRATO

En cuanto a las posibles modificaciones del contrato, se estará a lo dispuesto en los artículos 105 a 108 del TRLCSP.

Dada la imposibilidad de prever futuras necesidades que den lugar a ampliaciones o reducciones de los ámbitos zonales y horarios de aplicación, no tendrán la consideración de modificación de contrato las zonas

que se asignen durante el periodo estival como aparcamientos, así como las alteraciones temporales o puntuales de las zonas u otras circunstancias de carácter estacional

Asimismo la empresa adjudicataria está obligada a aceptar una variación del inventario de plazas hasta el 5% del total de plazas reguladas, sobre el Inventario Base

El Ayuntamiento tiene la potestad de modificar las condiciones y características del Servicio, y entre otras las siguientes facultades:

- a) Sustituir algunas plazas reguladas, por idéntico número en ubicación diferente en zona próxima a la inicial.
- b) Regular mediante Ordenanza o Decreto el uso que las motos y bicicletas pueden hacer de las plazas reguladas.
- c) Establecer nuevas áreas reservadas de carga y descarga

(Apartado 21 del PCAP)

«(d) Nueva maquinaria y equipamiento

Durante la vigencia del contrato, la empresa adjudicataria se hará cargo de instalar la maquinaria y equipamiento necesarios para prestar el servicio en la zona de actuación y en las condiciones de calidad de servicio acordadas. Asumirá así mismo las ampliaciones del AR, instalación de nuevas máquinas expendedoras, mejoras funcionales, etc. tanto si son propuestas por el Ayuntamiento de Zarautz como si se derivan del seguimiento de la calidad del servicio.

La empresa adjudicataria vendrá obligada a realizar las ampliaciones del sistema que desee realizar el Ayuntamiento de Zarautz relacionadas con el contrato durante la vigencia del mismo, a los precios unitarios de suministro ó alquiler, según se especifica en estos Pliegos y que deberán ser indicados en su oferta.»

(Artículo 2 d) del PPT)

«En el caso de necesidad de nuevos parquímetros en zonas que hasta ahora no se controlaba el estacionamiento OTA (incluidos todos sus accesorios), en el ámbito de estos Pliegos, éstos se suministrarán en régimen de alquiler y la cuota mensual de alquiler, se considerará como gasto corriente.»

(Artículo 4 c) del PPT)

«El Ayuntamiento tiene la potestad de modificar las condiciones y características del Servicio, y entre otras las siguientes facultades:

a) Ampliar el servicio mediante la incorporación de nuevas vías públicas, próximas o no a las que son objeto del presente concurso, o incremento del número de aparatos de control a instalar.»

(Artículo 8 c) del PPT)

El apartado 21 del PCAP contiene, en realidad, tres prescripciones distintas sobre las modificaciones del contrato:

- Por un lado, establece que no serán consideradas modificaciones del contrato las zonas que se asignen durante el periodo estival como aparcamientos, ni las alteraciones temporales o puntuales de las zonas u otras circunstancias estacionales.

- Se impone a la adjudicataria a aceptar una variación del 5% del total de plazas reguladas, sobre inventario base.

- Finalmente, la Administración se atribuye la potestad de modificar el servicio, citando a continuación una lista, no exhaustiva (“...entre otras”) de facultades (sustituir plazas reguladas, regular las plazas de motos y bicicletas y establecer nuevas áreas de carga y descarga).

A juicio de este Órgano, y a pesar de que el epígrafe impugnado se titula precisamente “Modificaciones del contrato”, los dos primeros supuestos no son, propiamente, modificaciones contractuales de las previstas en los artículos 105 y siguientes del TRLCSP. El primero de ellos es una manifestación de la naturaleza del objeto del contrato, a la que es consustancial que la zonificación cambie por razones estacionales (temporada veraniega, por ejemplo) o puntuales (fiesta local, mercado ambulante, etc.). Por lo tanto, no hay una modificación del objeto contractual, que ya es intrínsecamente variable por su propia naturaleza. El segundo caso se limita a señalar que existe un margen de alteración en el número de plazas (el cual puede operar incrementando o disminuyendo dicho número) que el adjudicatario está obligado a soportar o del que puede beneficiarse, quedando subsumido en el riesgo y ventura propio del contrato, pues en ninguno de los dos casos habría repercusión en el precio.

Por el contrario, la tercera cláusula sí es un auténtico supuesto de modificación del contrato expresado en términos amplísimos (modificar las condiciones y características del servicio) y además abiertos, pues los tres casos que cita no son sino tres ejemplos de esta facultad y no un listado exhaustivo, como indica el uso de la expresión “entre otras”. Es claro que este precepto no cumple los requisitos que, según el artículo 106

TRLCSP, deben cumplir las modificaciones previstas en la documentación contractual; así, no se ha detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la modificación ni el alcance y límites de la misma, ni hay expresa indicación del porcentaje del precio contractual al que como máximo puedan afectar, ni el procedimiento que debe seguirse. Tampoco se definen los supuestos de modificación con total concreción y por referencia a circunstancias objetivamente verificables, ni hay una precisión suficiente que permita a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y al órgano de contratación exigir la aptitud adecuada y valorar las proposiciones. Finalmente, y como derivada de todo ello, no hay reflejo del valor de las posibles modificaciones en el valor estimado (artículo 88.1 TRLCSP).

A los artículos del PPT citados en este Fundamento se les puede formular el mismo reproche de legalidad por infracción del artículo 106 TRLCSP mencionado en el párrafo anterior. Además, en este caso, los supuestos de modificación se han establecido de modo asistemático a lo largo de epígrafes de ambos documentos contractuales, lo que perjudica al principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP), pues dificulta a los licitadores la comprensión de las bases de la licitación; así, por ejemplo, el artículo 8 (c) del PPT es formalmente similar (pero no igual) a la cláusula 21 del PCAP, y está dentro de un epígrafe titulado “Inventario de plazas”, cuando su contenido es materialmente mucho más amplio que lo que indica dicho título. Únicamente la primera frase del artículo 2 d) no estaría afectada, pues parece referirse a las instalaciones y equipos comprometidos en la oferta y no a los que se derivan de modificaciones contractuales.

Consecuentemente, el motivo de impugnación debe aceptarse para todas las cláusulas citadas en este Fundamento jurídico y las que sean concordantes o redundantes en el resto de la documentación contractual, excepto los párrafos segundo y tercero del apartado 21 del PCAP y la primera frase del artículo 2 d) del PPT (desde el inicio hasta el primer punto y seguido, entre “Durante la vigencia...” y “...acordadas.”).

DECIMOCUARTO: El recurrente considera inadecuada, incoherente con el tipo de contrato y limitativa de la libre competencia la siguiente estipulación, contenida en el artículo 4 d) del PPT:

«El valor residual de las inversiones realizadas a 31 de diciembre de 2015 es de 178.352,11 euros + IVA (21%) que deberá ser asumido por el nuevo adjudicatario y satisfacerlo al contratista actual.»

Esta cláusula, que debiera figurar en el PCAP y no en el PPT (artículos 67 y 68.3 del RGLCAP), establece una diferencia entre el anterior adjudicatario y las demás empresas potencialmente interesadas en la licitación, pues el primero es el único operador económico que no tendría que desembolsar el importe al que se refiere en el caso de resultar nuevo contratista. Esta diferencia es ventajosa para el anterior adjudicatario, pues es la única empresa liberada de una carga económica que cualquier otro nuevo contratista tendría que asumir. No es aceptable la afirmación de la Administración, que entiende que no existe tal ventaja porque el

contratista anterior también debe hacer frente a la amortización; aun suponiendo que eso sea cierto (ver más adelante la opinión del OARC / KEAO sobre ello), el hecho es que a las demás empresas les supone un desembolso financiero efectivo y al adjudicatario anterior no, lo que dificulta el acceso de los primeros a la licitación y disminuye sus posibilidades de elaborar una proposición atractiva.

Llegados a este punto, puede considerarse que la cláusula impugnada establece una diferencia ventajosa en favor del anterior contratista y en perjuicio de cualquier otro operador económico. Para estimar el motivo de recurso habría que probar además que se trata de una ventaja ilegítima y no de una ventaja imputable en exclusiva a la condición de anterior prestador del servicio y, por lo tanto, inevitable. El OARC / KEAO ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre esta cuestión. Así, la Resolución 018/2015 establece que «el principio de igualdad, entendido como idéntico trato a los operadores económicos, no obliga a que los poderes adjudicadores hagan un esfuerzo por borrar las diferencias entre ellos derivadas de sus distintas características como unidades productivas, diferencias que no dependen de la configuración del contrato o las bases de la licitación, sino que son connaturales a la existencia de un mercado de oferentes de bienes y servicios en régimen de libre competencia»; en la misma línea, la Resolución 006/2016 establece que condición de anterior adjudicatario es una ventaja inherente de facto y su efecto no es excluir al licitador que goza de ella, pues no hay ningún precepto legal que contenga esta prohibición para contratar. No obstante, la misma Resolución añade que la ventaja sería ilegítima si, por ejemplo, en los pliegos figurara “una estructura de la obligación favorable al anterior adjudicatario”, que es precisamente la situación que se da en la cláusula impugnada. Según expresa el propio órgano de contratación, el valor residual pendiente de amortización al que se refiere la estipulación se corresponde con una serie de inversiones realizadas en los últimos años de la vigencia del contrato anterior, pues las inversiones iniciales se amortizaron al finalizar el contrato. Estas inversiones se corresponden con material e instalaciones que, a la finalización del contrato, revierten al Ayuntamiento (señalética, parquímetros, bicicleta eléctrica...), como se deduce del inventario recogido en el Anexo III del PPT, o con la adecuación del parking de Salberdin (cuyo destino o propiedad actual no constan en el expediente). A juicio de este OARC / KEAO, la cláusula pretende garantizar al anterior contratista un umbral mínimo de rentabilidad (o, dicho de otra forma, garantizar una limitación de sus pérdidas) mediante la asunción por un tercero de parte del coste supuestamente no rentabilizado de las inversiones que la empresa efectuó para cumplir con sus obligaciones contractuales, lo que no es aceptable. De acuerdo con el artículo 215 TRLCSP, la ejecución de los contratos administrativos se realiza a riesgo y ventura del contratista que, en principio, no puede reclamar al poder adjudicador si sus expectativas de beneficio no se han cumplido, del mismo modo que no está obligado a abonarle compensación alguna si dichas expectativas se han superado. Si como parte de sus obligaciones (siendo indiferente que se trate de obligaciones inicialmente pactadas o consecuencia de una modificación contractual) el anterior contratista asumió determinadas inversiones, hay que entender que aceptó también el riesgo de que su remuneración (sea el precio inicial o el nuevo precio que restaura el equilibrio patrimonial del contrato como efecto de una modificación) le produjera una rentabilidad menor de la esperada. La cláusula impugnada, al garantizar al

anterior contratista una compensación por pérdida de rentabilidad y cargarla sobre el patrimonio del nuevo adjudicatario (es decir, potencialmente, sobre cualquier otro licitador) crea una ventaja ilegítima, más allá de las que pueden derivarse, por ejemplo, de la experiencia adquirida por la empresa sobre las peculiaridades de la prestación, y que se crea por la configuración que el poder adjudicador ha dado al contrato. Además de actuarse contra la igualdad de trato, se ha perjudicado la libre competencia, pues la cláusula es discriminatoriamente disuasoria del acceso al procedimiento para las empresas potencialmente interesadas al encarecer artificialmente sus costes, así como la debida proporcionalidad, ya que el equilibrio financiero del contrato original pudo y debió asegurarse en el marco de las relaciones entre el poder adjudicador y la empresa anterior de modo menos lesivo para los principios generales de la contratación pública, recogidos en el artículo 1 TRLCSP (ver la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).

Debe señalarse que la conclusión anterior no se altera si se considera que la cantidad a la que se refiere la estipulación debatida es parte del precio contractual pendiente de abono y de cuyo pago se responsabiliza al nuevo contratista, pues el efecto ventajoso es el mismo y es igualmente ilegítimo, dado que dicho pago corresponde en exclusiva al Ayuntamiento por ser el poder adjudicador y por haberse hecho propietario de los bienes al finalizar el contrato. Asimismo, no consta en el expediente si en el contrato anterior figuraba o no una estipulación que ampare o anticipe la que ahora está recurrida pero, a los efectos de la presente resolución, tal cuestión es indiferente, pues en ningún caso vincularía por sí sola a los licitadores, que no han sido parte del contrato (artículo 1091 del Código Civil).

A la vista de todo ello, el motivo de recurso es aceptable y el artículo 4 d) del PPT debe anularse.

DECIMOQUINTO: El recurso estima que se han introducido varias cláusulas que suponen condiciones del servicio limitativas de la competencia:

«Las personas licitadoras deberán presentar para conocimiento de la administración y garantía de continuidad del servicio las especificaciones técnicas (tanto del hardware como software) del sistema y expendedores propuestos haciendo hincapié en la posibilidad abierta de integración "multi-marca" y multiprotocolo de todos los elementos interconectados, estructura de bases de datos y especificaciones de tarjetas de usuario. Se valorará la utilización de estándares abiertos del mercado.»

(...)

Art. 15. OTROS ASPECTOS DEL SERVICIOS

(a) Distribución de Tarjetas

La empresa adjudicataria distribuirá a los usuarios tarjetas recargables al precio nominal del dinero en ellas almacenado.

La empresa adjudicataria ofrecerá la posibilidad de cargar las tarjetas a los asociados a las agrupaciones de comerciantes y hosteleros de Zarautz.

La empresa adjudicataria entregará al Ayuntamiento de Zarautz de manera gratuita las tarjetas de necesarias para el funcionamiento del sistema.

(...)

5.- El sistema estará basado en estándares de mercado, diseñado como un "Sistema Abierto", tanto en cuanto al protocolo de comunicaciones, al formato de las tarjetas de Usuario, etc.

(...)

La empresa adjudicataria deberá facilitar las tarjetas habilitadas por la Ordenanza OTA que será una tarjeta chip con su matrícula grabada. Dicha tarjeta será facilitada por la empresa adjudicataria sin contrapartida económica para el mismo. La tarjeta tendrá "tres cuentas", la de usuario especial en su zona y la de usuario convencional para el resto de zonas, y la cuenta monedero del Servicio de Bus Urbano."

En relación con esta cuestión, este OARC / KEAO ha señalado (ver, por todas, la Resolución 136/2015), que el artículo 117.2 TRLCSP establece que «las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.» De ello se deduce que, si bien los poderes adjudicadores pueden, discrecionalmente, configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de sus necesidades, no pueden establecer prescripciones técnicas que impidan injustificadamente el acceso a la licitación. Tal obstrucción se produce cuando se cumplen dos condiciones: la primera, que se fijen unos requisitos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan; la segunda condición es que tales requisitos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente exigidos por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten.

Analizadas ambas cláusulas, se observa que están redactadas en términos generales y abstractos, y que no se refieren a marcas o procedencias concretas, sino que, por el contrario, son bastante amplios; así, los requerimientos técnicos están fijados mediante una descripción funcional que, en principio, puede satisfacer cualquier licitador mediante su propia solución técnica, sin que pueda decirse que las ofertas que se puedan presentar estén excesivamente limitadas por especificaciones minuciosas. Los requisitos exigidos no pueden

considerarse caprichosos o arbitrarios porque están relacionados con el objeto y la finalidad del contrato, así como con las necesidades que éste pretende satisfacer, por lo que las cláusulas no pueden considerarse ilegales; la posible diferencia entre licitadores vendría dada, en todo caso, por la condición de anterior adjudicatario de uno de los competidores, pero sin que se deba a una actuación arbitraria de la Administración, a la que no cabe exigir que se deshaga de equipos anteriores que todavía pueden usarse para reequilibrar la licitación (ver, en este sentido, la Resolución 56/2013 del OARC / KEAO). Respecto a la alegación del recurrente de que el hecho de que el haya que abonar la amortización pendiente es el origen de la discriminación, pues convierte en antieconómica la posibilidad de aportar al contrato otros equipos más fácilmente compatibles, este Órgano entiende que es una alegación implícitamente aceptada en el Fundamento de Derecho anterior.

Por todo ello, este motivo de impugnación debe ser desestimado, sin que sea pertinente la prueba propuesta por el recurrente por tratarse de una cuestión puramente jurídica.

DÉCIMOSEXTO: La importancia y el alcance de las cláusulas anuladas y la afectación a la propia definición del objeto del contrato hacen que, de acuerdo con el artículo 64.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, deban anularse los pliegos y cancelarse la licitación para que, si el poder adjudicador lo estima oportuno, se inicie un nuevo procedimiento en el que se tenga en cuenta el contenido de esta Resolución.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP 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, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por la empresa ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS S.A.U. frente a los Pliegos del contrato “Servicio de regulación del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Zarautz (OTA)” anulando los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por la Resolución B-BN 005/2016, de 4 de marzo de 2016.

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

CUARTO: 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 49 del TRLCSP.