



EB 2019/165

Resolución 204/2019, de 28 de noviembre, 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 la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS EMTSPORT, S.L. – POOLSPORT SOLUCIONES, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicios necesarios para el desarrollo y prestación de actividades y otros servicios en las instalaciones dependientes del Departamento de Deporte”, tramitado por el Ayuntamiento de Mungia.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de octubre de 2019 tuvo entrada 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 pública interpuesto por la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS EMTSPORT, S.L. – POOLSPORT SOLUCIONES, S.L. (en adelante, “la UTE”) contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicios necesarios para el desarrollo y prestación de actividades y otros servicios en las instalaciones dependientes del Departamento de Deporte”, tramitado por el Ayuntamiento de Mungia.

SEGUNDO: El día 7 de octubre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe a los 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 9 de octubre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 17 de octubre, el día 22 de octubre se recibieron las alegaciones de la Unión Temporal de Empresas EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L. – JASO KIROL ZERBITZUAK, S.L. (en adelante, “UTE EBONE – JASO”).

CUARTO: Con fecha 16 de octubre, el OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 42/2019, acordando la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.M.S.R., que actúa en su nombre.

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

Según la letra a) del artículo 44.2 de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2. b) de la LCSP son impugnables los acuerdos de exclusión y admisión de ofertas. En este sentido, no cabe aceptar la alegación de la UTE EBONE – JASO, que señala que se trata de meras propuestas susceptibles de no ser asumidas por el órgano de contratación, pues en el acta de la sesión se señala claramente que la Mesa de contratación por unanimidad “admite” o “rechaza” las ofertas e incluso se ofrece el recurso especial como medio impugnatorio (ver, en este sentido, la Resolución 78/2018 del OARC/KEAO).



CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Mungia tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumento del recurso

El recurso se basa en los motivos que a continuación se resumen:

a) La recurrente fue excluida de la licitación por la Mesa de Contratación por no presentar en el sobre A (declaración responsable) el plan de seguridad e higiene al que se refiere la cláusula 6.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y 3.7 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT); de acuerdo con la respuesta a una consulta formulada al poder adjudicador, basta con la presentación de un solo plan referente a una instalación de similar o superior dimensión que la del Polideportivo Municipal de Mungia, en vigor y cuyo titular sea la empresa licitadora. La UTE alega que no se trata de un documento acreditativo del cumplimiento de los requisitos previos, ni que forme parte de la oferta propiamente dicha, ni relativo a un criterio de adjudicación, ni tampoco afecta a la ejecución de la prestación, pues se refiere a una instalación distinta; a pesar de la escasa relevancia del documento, no se concedió el trámite de subsanación, que hubiera sido pertinente porque, además, se refiere a un plan que ya existía y no supone reelaboración de la oferta.

b) El recurso alega que la Mesa conoce que la UTE EBONE – JASO mantiene una deuda con la Seguridad Social, por lo que incurre en una prohibición de contratar y no puede continuar en el procedimiento.



c) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad del acto impugnado y la retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno para que se readmita a la recurrente y se le requiera la subsanación correspondiente y se reconsidere la admisión de la UTE EBONE – JASO.

SÉPTIMO: Alegaciones de la UTE EBONE – JASO

La UTE EBONE – JASO alega que:

a) El requisito de estar al corriente con la Seguridad Social debe concurrir en la fecha final del plazo de presentación de ofertas (en este caso, el 23 de agosto) y subsistir en el momento de la perfección del contrato, aunque en el periodo intermedio entre ambas fechas puedan existir momentos puntuales en los que el licitador no esté al corriente; por ello, dado que la empresa se encontraba al corriente el 23 de agosto, nada impide que pueda volver a estar al corriente a la fecha de formalización del contrato. Se aporta, en apoyo de las alegaciones, la Resolución 193/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

b) La exclusión de la oferta de la recurrente es ajustada a Derecho y no cabe la subsanación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) La exigencia de la inclusión en el sobre A del plan de seguridad e higiene es clara y reiterada para cualquier licitador diligente, la concesión de un plazo de subsanación habría supuesto un nuevo plazo para aportar un documento que no existía antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas,



modificándose por lo tanto la proposición inicialmente presentada; se alega que la exclusión es conforme a los pliegos firmes que rigen la licitación.

b) La aceptación de la proposición de la UTE EBONE – JASO se ajusta al artículo 140.4 de la LCSP, que establece que la ausencia de prohibiciones de contratar debe concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato, sin perjuicio de la comprobación oportuna en el momento previo a la adjudicación; se alega la Resolución 139/2019 del TACRC.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la pretensión del recurrente es, por un lado, que se anule la exclusión de su oferta por no haber presentado el plan de seguridad e higiene en el sobre A, y por otro, que se anule la admisión de proposición de UTE EBONE JASO por incurrir en una prohibición de contratar al tener deudas pendientes con la Seguridad Social. Respecto a la primera de las cuestiones, los apartados relevantes de los pliegos del contrato, que rigen el procedimiento de adjudicación vinculando a la Administración y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma, son los siguientes:

CUADRO DE CARACTERÍSTICAS

J) SOBRES A PRESENTAR

TRES SOBRES DIGITALES

SOBRE A: DECLARACIÓN RESPONSABLE

DECLARACIÓN RESPONSABLE- DOCUMENTO **DEUC** importado electrónicamente previa descarga de "Fichero DEUC ", Anexo **II**: notificaciones y **Anexo IV**: subcontratación

-Plan de seguridad e higiene.

PLIEGO DE CONDICIONES TÉCNICAS

3.7- SEGURIDAD DEL PERSONAL

La empresa adjudicataria deberá tener un plan de seguridad e higiene en el trabajo que deberá adjuntar en el sobre "A" de su oferta. Así mismo, aportará los correspondientes E.P.I. y otros equipos derivados de las medidas de prevención de riesgos laborales.



Asimismo, consta la siguiente respuesta a una consulta formulada al poder adjudicador:

1.-Consulta:

Documentación a presentar sobre el "Plan de Seguridad"

Respuesta:

En vista de las dudas surgidas sobre la documentación a presentar sobre el "Plan de Seguridad", solicitado el punto 3.7 de los Pliegos Técnicos, será suficiente con la presentación de un solo plan referente a una instalación de similar o superior dimensión que la del Polideportivo Municipal de Mungia, en vigor y cuyo titular sea la empresa licitadora.

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre la exclusión de la oferta del recurrente

La oferta de la recurrente ha sido excluida por no haber presentado el plan de seguridad e higiene en el sobre A, como se exige en el apartado J del Cuadro de Características. A juicio de este órgano, la finalidad buscada con esta exigencia no es clara. La inserción de este documento en el sobre A, junto con la declaración responsable a la que se refieren el artículo 141.1 de la LCSP, no parece obedecer a la necesidad de verificar ningún requisito de aptitud adicional (personalidad, capacidad, ausencia de prohibiciones de contratar, etc.) a los que ya prueba preliminarmente dicha declaración (ver, por ejemplo, el artículo 140.2 de la LCSP); en especial, no obedece a la acreditación de ningún requisito de solvencia técnica ni a la adscripción de medios prevista en el artículo 76.2 de la LCSP, como demuestra el contenido de la letra F del Cuadro de Características, que no menciona ningún requisito referido a la seguridad e higiene. Tampoco es un documento relevante para la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato, como se deduce de los apartados M) y N) del citado Cuadro. Por su parte, el apartado 3.7 del PPT establece que la adjudicataria deberá tener un plan de seguridad e higiene en el trabajo, que deberá incluir en el sobre A. Esta estipulación no está correctamente ubicada (el PPT no es el documento contractual en el que debe figurar la documentación que debe presentar el licitador; ver el artículo 67.2 h) del Reglamento General de la Ley de Contratos



de las Administraciones Públicas y, por todas, la Resolución 156/2019 del OARC / KEAO) y confunde las obligaciones de acreditación del licitador con las condiciones contractuales que habrá de satisfacer el adjudicatario; además, requerido en una consulta sobre el alcance de esta última prescripción, el poder adjudicador considera suficiente presentar un único plan referente a una instalación de similar o superior dimensión que del Polideportivo de Mungia, en vigor y cuyo titular sea la empresa licitadora, lo que indica que el Ayuntamiento no pretende que el citado Plan sea un compromiso que el licitador deba cumplir si resulta adjudicatario (es decir, no considera que sea, materialmente, parte de la oferta técnica).

A la vista de todo lo anterior, este OARC / KEAO entiende que la exclusión de la oferta es una decisión desproporcionada porque la omisión del documento debatido no impide la acreditación de la aptitud del licitador, ni la valoración de su oferta, ni supone dejar de demostrar el cumplimiento de una prescripción técnica cuya contravención haga inviable la proposición. Consecuentemente, la concesión de un plazo adicional para su aportación (que no para su elaboración) no altera el principio de igualdad de trato, pues no concede ventaja alguna al recurrente sobre los demás licitadores ni supone la reelaboración de la oferta y no añade nada a los aspectos que, según los pliegos y la propia aclaración del poder adjudicador, deben tenerse en cuenta para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Por lo tanto, este motivo de recurso debe estimarse.

b) Sobre la admisión de la proposición de la UTE EBONE – JASO

El recurso alega que la UTE EBONE – JASO mantiene una deuda con la Seguridad Social, lo que supone una prohibición de contratar que impide su continuidad en el procedimiento. Este motivo de recurso debe desestimarse. Consta en el expediente que los miembros de la citada UTE presentaron la declaración responsable acorde al modelo del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) al que se refiere el artículo 141.1 de la LCSP, uno de los



cuales es la ausencia de la prohibición de contratar a la que se refiere el artículo 71.1 d) de la LCSP consistente en no estar al corriente en las obligaciones con la Seguridad Social. Dado que el DEUC prueba preliminarmente los aspectos a los que se refiere (ver, por ejemplo, la Resolución 52/2019 del OARC / KEAO), uno de ellos la ausencia de prohibiciones de contratar, debe considerarse provisionalmente satisfecha la primera de las condiciones exigidas por el artículo 140.4 de la LCSP, que pide que las circunstancias relativas a la ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas, sin perjuicio de que el poder adjudicador deberá solicitar, en todo caso, la totalidad o parte de los documentos justificativos de la citada ausencia de prohibición antes de adjudicar el contrato, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 140.1 y 150.2 de la LCSP, o bien requerirlos en cualquier otro momento del procedimiento si entiende que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración (artículo 140.3 de la LCSP). De igual manera, el Ayuntamiento deberá comprobar que se satisface la segunda condición del artículo 140.4 de la LCSP, es decir, que la ausencia de prohibición de contratar subsiste en el momento de perfección del contrato. A tal efecto, debe descartarse que pueda excluirse la oferta por el hecho de que, según se acredita en el expediente, exista una deuda con la Seguridad Social según un certificado de fecha 10 de septiembre, posterior por lo tanto a la finalización del plazo de presentación de proposiciones. En este sentido, este Órgano comparte la postura mantenida por el TACRC en su Resolución 193/2019 que, en síntesis, establece que el artículo 140.4 de la LCSP ha de interpretarse en el sentido de que no exige que la situación de estar al corriente de las obligaciones con la Seguridad social deba producirse, además de en la finalización del plazo de presentación de ofertas y en el momento de la perfección del contrato, durante todo el procedimiento de licitación, cabiendo la posibilidad de que existan deudas en el periodo intermedio, siempre y cuando no las haya en los dos momentos literalmente citados en el mencionado artículo.



c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores, debe anularse la exclusión de la recurrente y retrotraerse las actuaciones para que se conceda a la UTE UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS EMTSPORT, S.L. – POOLSPORT SOLUCIONES, S.L la posibilidad de aportar el plan de seguridad e higiene al que se refiere la cláusula 6.1 del Cuadro de Características en los términos previstos en el artículo 141.2 de la LCSP, desestimando el recurso en todo lo demás.

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: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS EMTSPORT, S.L. – POOLSPORT SOLUCIONES, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicios necesarios para el desarrollo y prestación de actividades y otros servicios en las instalaciones dependientes del Departamento de Deporte”, tramitado por el Ayuntamiento de Mungia, anulando su exclusión y ordenando la retroacción de actuaciones para que se conceda un plazo de subsanación para que la recurrente aporte el plan de seguridad e higiene al que se refiere la cláusula 6.1 del Cuadro de Características, desestimando el recurso en todo lo demás.



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

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 azaroaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de noviembre de 2019