



EB 2016/103

Resolución 105/2016, de 4 de octubre 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 en materia de contratación interpuesto por la empresa COMERCIAL DE LIMPIEZA VILLAR, S.A. contra su exclusión de la licitación del contrato de “Servicio de limpieza de edificios municipales y servicios complementarios en el municipio de Abanto – Zierbena”, tramitado por el Ayuntamiento de Abanto – Zierbena.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 29 de julio de 2016 se interpuso en el registro del órgano de contratación el recurso especial formulado por la empresa COMERCIAL DE LIMPIEZA VILLAR, S.A. (en adelante, VILLAR) contra su exclusión de la licitación del contrato de “Servicio de limpieza de edificios municipales y servicios complementarios en el municipio de Abanto – Zierbena”, tramitado por el Ayuntamiento de Abanto – Zierbena.

SEGUNDO: El recurso, junto con el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) causó asiento de presentación en el libro de entradas del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) los días 1 y 2 de agosto.

TERCERO: Con fecha 4 de agosto de 2016, el OARC / KEAO acordó estimar la solicitud del recurrente de medida cautelar y mediante Resolución B-BN 14/2016 ordenó la suspensión del procedimiento.



CUARTO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 4 de agosto, se han recibido el 11 de agosto las de la empresa URBEGI SERVICIOS MEDIO AMBIENTE, S.L.U. (en adelante, URBEGI).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constan la legitimación del recurrente y la representación de don A. A.A. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 b) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.» Añade que “se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.»

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Abanto – Zierbena tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

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

a) La recurrente entiende que su exclusión es nula de pleno derecho porque no ha sido decidida por el órgano competente, que es el órgano de contratación, sino por la Mesa de Contratación, cuyas funciones son de mera asistencia.



b) La oferta excluida se ajusta al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y acata reiteradamente su contenido; se alega que la cláusula 7 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) permite proponer frecuencias de limpieza diferentes de las inicialmente previstas en el Pliego siempre que las apruebe el Ayuntamiento. No obstante, si el poder adjudicador estimaba que existía un incumplimiento, debió solicitar la subsanación de sus dudas al respecto, como se deduce de la interpretación antiformalista que debe regir la aplicación de la normativa de contratación pública. Por otro lado, la proposición del recurrente no está incurso en ninguno de los supuestos que, según los pliegos, dan lugar a la exclusión.

c) Finalmente, solicita la anulación del acto impugnado, ordenando que se dé a la recurrente la posibilidad de subsanar o aclarar la oferta, así como que se evalúe su contenido en el correspondiente procedimiento.

SÉPTIMO: Por su parte, URBEGI apoya los argumentos del recurso y solicita además que, en seguimiento de los principios de igualdad y no discriminación, los criterios que contienen se apliquen igualmente a los licitadores que recibieron el mismo trato que la recurrente, pues la exclusión de un gran número de proposiciones, presentadas todas ellas por operadores experimentados y con mucha solvencia, impide el respeto de los principios generales de la contratación pública.

OCTAVO: El poder adjudicador en su informe se opone al recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) si el acto de exclusión de la Mesa ha sido notificado debidamente, se trata de un acto recurrible, sin que quepa un nuevo recurso contra el acto de adjudicación basado en las mismas causas de exclusión; en este sentido, la Mesa puede adoptar la decisión de exclusión.

b) la oferta excluida infringe el PPT, por lo que debe ser excluida, aunque no haya previsión expresa al respecto en el PCAP; la necesidad de autorización



municipal para variar las frecuencias se refiere a la ejecución del contrato, no a que se puedan presentar variantes, que están prohibidas en la cláusula 24 de la carátula del PCAP.

c) no cabe la subsanación que reclama el recurso por ser contraria a los principios de igualdad de trato y transparencia, al implicar una negociación del contrato prohibida en un procedimiento abierto; además, hay que tener en cuenta que se refiere a la documentación técnica y no a la de capacidad y solvencia, en la que sí está admitida la posibilidad de subsanación.

NOVENO: El primer motivo de la impugnación es la incompetencia de la Mesa de Contratación para adoptar la exclusión, facultad que, según el recurrente, corresponde al órgano de contratación. Como ya señaló este OARC / KEAO en su Resolución 119/2013, este argumento «no puede conducir a la estimación del recurso porque lleva a una conclusión que en ningún caso puede llevar a la satisfacción del interés del recurrente. Una hipotética retroacción de las actuaciones ordenada con base en la incompetencia de la Mesa tendría la consecuencia de que este órgano colegiado propondría al órgano de contratación la exclusión de la oferta sin valorarla, y éste la ratificaría, como se deduce claramente de su actual oposición a las pretensiones de la empresa. Tal consecuencia sería contraria a la más elemental economía procesal, pues supondría anular un acto para que, al final, la situación procesal del recurrente fuera la misma (artículo 66 de la LRJPAC), con el agravante de que se vería obligado a impugnar la adjudicación con los mismos argumentos de fondo que utiliza en el presente recurso. En este sentido, es claro que la posibilidad de impugnar la exclusión decidida por la Mesa como un acto de trámite cualificado autónomo respecto a la adjudicación es mucho más garantista para el recurrente y coherente con el artículo 40.2 b) TRLCSP, pues permite, si prosperan los demás motivos de impugnación, retrotraer las actuaciones y que su oferta sea valorada de acuerdo con los criterios de adjudicación previstos en los Pliegos.» Consecuentemente, este primer motivo de recurso debe desestimarse.

DÉCIMO: El segundo motivo del recurso es el incumplimiento por la oferta de las frecuencias mínimas en dependencias administrativas establecidas en el Anexo I del PPT. El recurrente no discute el incumplimiento pero alega que, según la cláusula séptima del PPT la alteración de las frecuencias es posible si



la autoriza el poder adjudicador. Este argumento no es aceptable. Esta previsión se refiere a las vicisitudes del contrato en su fase de ejecución, y no a una opción de los licitadores para presentar sus ofertas. Téngase en cuenta que el PPT no es el documento en el que deben figurar los requisitos de las proposiciones (ver el artículo 67.2 j) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), y que el punto 24 de la carátula del PCAP ya expresa claramente que no se autorizan variantes. Además, entender la cláusula séptima del PPT en el sentido pretendido por el recurrente es otorgar al poder adjudicador la posibilidad de que apruebe o rechace libremente las ofertas que alteran los pliegos, lo que es manifiestamente arbitrario y conduce, por lo tanto, a un resultado inadmisibile.

Por otro lado, el motivo de la exclusión es correcto. Como se señalaba en la Resolución 119/2013 de este OARC / KEAO, de objeto muy similar al del presente recurso, la inadecuación de la oferta a las frecuencias del PPT conlleva el rechazo de la proposición, pues dicho documento contiene la voluntad de la Administración, es decir, los términos en los que ésta desea obligarse con el adjudicatario, y refleja las necesidades que se pretende satisfacer mediante la celebración del contrato, sin que sea preciso que los pliegos establezcan un listado exhaustivo de todos los posibles motivos de discrepancia con los requisitos contractuales que conllevan exclusión. Finalmente, una consolidada doctrina opta por la imposibilidad de subsanar los errores de la documentación de la oferta, a diferencia de lo que sucede con los defectos de la documentación administrativa (ver, por todas, la Resolución 151/2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC, y todas las que en ella se citan). La razón última de esta posición se puede encontrar en el principio del secreto de la oferta, que se vería desvirtuado si esta se puede alterar cuando se conocen las de los competidores, así como en los de igualdad de trato y transparencia, que se oponen, en un procedimiento abierto, a la negociación con los licitadores, aunque sea para solicitar supuestas aclaraciones, pues ello implicaría que se pudiera considerar que el poder adjudicador ha negociado una oferta en perjuicio de los no consultados. Sólo los licitadores son responsables de los



perjuicios derivados de su falta de diligencia en la elaboración de su oferta, por lo que no pueden exigir al órgano de contratación que les demande subsanación alguna (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10). Es cierto que este OARC / KEAO ha aceptado en algún caso la aclaración (no la subsanación) de la oferta técnica si se respetan los principios de proporcionalidad e igualdad de trato (ver la Resolución 106/2015), pero se trataba de ambigüedades provocadas por errores materiales y no de una frontal oposición de la proposición a los pliegos, como es el caso.

Por todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.2 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 de 2011, el sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa COMERCIAL DE LIMPIEZA VILLAR, S.A. contra su exclusión de la licitación del contrato “Servicio de limpieza de edificios municipales y servicios complementarios en el municipio de Abanto – Zierbena”, tramitado por el Ayuntamiento de Abanto – Zierbena.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada en la Resolución B-BN 14/2016, de 4 de agosto de 2016.



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

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 49 del TRLCSP.