



EB 2016/106

Resolución 109/2016, de 10 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 GUREAK GARBITASUNA, S.L.U. contra su exclusión de la licitación del contrato “Servicio de limpieza de las instalaciones que son directamente gestionadas por el Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián, con criterios medioambientales y reservado a centros especiales de empleo”, tramitado por el Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 5 de agosto de 2016 la empresa GUREAK GARBITASUNA, S.L.U. interpuso recurso especial en materia de contratación contra su exclusión de la licitación del contrato de “Servicio de limpieza de las instalaciones que son directamente gestionadas por el Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián, con criterios medioambientales y reservado a centros especiales de empleo”, tramitado por el Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián (en adelante, PMD).

SEGUNDO: Con fecha 8 de agosto de 2016 el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC / KEAO) solicitó al poder adjudicador 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), los cuales se recibieron los días 12 y 22 de agosto, respectivamente.



TERCERO: Con fecha 23 de agosto de 2016, el OARC / KEAO acordó estimar la solicitud del recurrente de medida cautelar y mediante Resolución B-BN 16/2016 ordenó la suspensión del procedimiento.

CUARTO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 12 de agosto, se han recibido el 18 de agosto las de la empresa INTEGRA MGSI CEE, S.L. (en adelante, INTEGRA).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constan la legitimación del recurrente y la representación de don I. A.G. 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. INTEGRA entiende que el recurso está interpuesto fuera de plazo, pero esta alegación no es admisible. El artículo 58 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ – PAC), norma aplicable al caso por razón temporal, establece en su apartado 2 que «toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la



resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente», requisitos cuyo cumplimiento no consta en el presente caso (se ofrece el recurso de reposición ante el órgano que dictó la resolución en lugar del recurso especial ante este OARC / KEAO), por lo que, de acuerdo con una reiteradísima doctrina (ver, por ejemplo, la Resolución 144/2015 del OARC / KEAO), no puede considerarse iniciado el cómputo del plazo de interposición y el recurso no puede considerarse extemporáneo sea cual sea el momento de su presentación.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el PMD 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 primera causa de la exclusión impugnada es no haber aportado las fichas de datos de seguridad de los productos de limpieza a utilizar en la ejecución del contrato, lo que impediría comprobar si los productos cumplen los criterios exigidos. El recurrente alega que existe una discordancia entre el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), pues el primero incluye las fichas como parte del Plan Medioambiental y el segundo (cláusula 9.1) solo pide su presentación a la adjudicataria, y no a todos los licitadores, lo que es una incoherencia de la documentación contractual que no puede perjudicar al licitador. Asimismo, la información esencial de estas fichas se encuentra en el Anexo VIII del PCAP, cumplimentado por el recurrente, por lo que el poder adjudicador pudo comprobar si la oferta cumplía los criterios exigidos y la exclusión es desproporcionada.



b) El segundo motivo de exclusión consiste en que el jabón de manos presentado por GUREAK contiene perfume, en contra de lo requerido en los pliegos. En su proposición (plan medioambiental) la recurrente se compromete a no utilizar productos con fragancias, por lo que se satisface esta exigencia; es cierto que una ficha técnica remitida por el fabricante del producto, al tratar la composición, incluye la expresión “parfum”, pero se trata de un error, pues dicha composición no tiene perfume, tal y como certifica el fabricante en fecha 15 de julio de 2016. Ante esta contradicción, el PMD debió haber solicitado una aclaración a GUREAK en lugar de optar por la exclusión.

c) La tercera causa de exclusión es que la oferta no incluía el dato de la emisión sonora de todas las máquinas, lo que no es cierto, pues este dato figura en el “Plan medioambiental” y en el “Programa de trabajo y organización del servicio”. Por otro lado, en caso de omisiones debe presumirse que la oferta se ajusta a las prescripciones técnicas.

d) Finalmente, solicita la nulidad del acto impugnado y la declaración de desierto de la licitación, así como la retroacción de actuaciones.

SÉPTIMO: Por su parte, INTEGRRA se opone a la estimación del recurso; alega la discrecionalidad técnica del poder adjudicador para valorar los criterios de adjudicación, el hecho de que los pliegos son claros en cuanto a la documentación que deben presentar los licitadores y no fueron objeto de impugnación, lo que los convierte en firmes; considera que la exclusión fue correcta y que no cabía la subsanación.

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

a) No cabe subsanación de errores y omisiones de la oferta técnica, pues la proposición presentada no puede ser alterada, y la declaración general de aceptación de los pliegos no puede compensar incumplimientos concretos;



además, al existir un incumplimiento claro por la presencia de perfume en el jabón de manos, ya era irrelevante solicitar aclaración alguna sobre otros motivos de exclusión.

b) La recurrente reconoce expresamente que en su proposición se señala que el gel de manos contiene “parfum”, si bien se afirma que es un error de la ficha del fabricante, como este mismo reconoce posteriormente, afirmación que es irrelevante y que no puede llevar a exigir que el poder adjudicador compense la falta de diligencia en la elaboración de la oferta.

c) No hay incoherencia ni oscuridad alguna en los pliego, los cuales dejan claro que es necesario incluir en el sobre 2 de la oferta la relación de productos de limpieza a utilizar y su ficha de seguridad, así como cumplimentar el Anexo VIII; en este sentido, el PCAP exige su presentación porque es un aspecto de la oferta evaluable mediante los criterios de adjudicación, y el PPT lo trata como una cuestión de la ejecución del contrato.

NOVENO: Como bien señala el informe de PMD, uno de los motivos de exclusión, el consistente en la presencia de perfume en el jabón de manos ofertado, ha sido admitido expresamente por el recurrente, que señala en su escrito de recurso lo siguiente:

«Es cierto que en uno de los documentos contenidos en la Memoria Medioambiental, al tratar la “Composición” incluye la expresión “parfum”. Se trata de un error contenido en dicha ficha técnica remitida por el propio fabricante SORO INTERNACIONAL, S.A., toda vez que éste no contiene perfume, tal como certifica la propia SORO INTERNACIONAL, S.A. mediante certificado expedido el 15 de julio de 2016.»

Lo anterior es un reconocimiento de que la oferta incumple un requisito exigido por los pliegos, pues el Anexo VIII del PCAP establece que el requisito obligatorio de que el jabón de manos no contenga “fragancias” se debe acreditar mediante ficha de datos de seguridad y declaración de la empresa. Dado que la ficha señala claramente un contenido contrario a esta prescripción,



la oferta fue correctamente excluida; téngase en cuenta que los pliegos contienen los términos en los que la Administración desea obligarse con el adjudicatario y reflejan 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 (ver también el artículo 145.1 TRLCSP). Finalmente, debe señalarse que 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 105/2016 del OARC / KEAO). 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 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 ECLI:EU:C:2012:191). 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.

La confirmación de la corrección de este motivo de exclusión hace innecesaria la revisión del resto de alegaciones del recurso, pues en ningún caso se alteraría la decisión de exclusión.



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 Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa GUREAK GARBITASUNA, S.L.U. contra su exclusión de la licitación del contrato de “Servicio de limpieza de las instalaciones que son directamente gestionadas por el Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián, con criterios medioambientales y reservado a centros especiales de empleo”, tramitado por el Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián.

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 16/2016, 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.