



EB 2017/120

Resolución 120/2017, de 13 de noviembre de 2017, 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 ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A. frente a la adjudicación del contrato de “Recogida de residuos sólidos urbanos (RSU) del municipio de Zierbena, tramitado por el Ayuntamiento de Zierbena.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 2 de octubre de 2017, ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A. (en adelante, ANSASER) interpuso un recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación del contrato de “Recogida de residuos sólidos urbanos (RSU) del municipio de Zierbeba), tramitado por el Ayuntamiento de Zierbena.

SEGUNDO: Una vez trasladado el recurso 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) se recibieron el día 5 de octubre de 2017 en este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO).

TERCERO: El día 9 de octubre de 2017 se solicitaron alegaciones a los interesados y el 17 de octubre de 2017 se recibieron las de GARBIALDI, S.A. (en adelante, GARBIALDI).



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación del recurrente y la representación de don S.A.A.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El acto formalmente recurrido es el Acuerdo de 8 de septiembre de 2017 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zierbena. No obstante, la adjudicataria impugnada y el poder adjudicador plantean la cuestión de cuál es el acto que realmente se impugna, esto es, sobre qué objeto versa el recurso, pues tanto la pretensión del recurso, que fija los términos del debate, como la argumentación en la que ésta se sustenta se dirigen a la inadmisión de las ofertas de GARBIALDI y de CESSPA por entender que han sido presentadas fuera del plazo de presentación fijado en las bases del contrato y de la convocatoria del procedimiento de adjudicación, esto es, en la totalidad de los anuncios de licitación, a excepción del publicado en el BOE.

Como antecedente a tener en cuenta, se ha de partir de que con fecha 13 de julio de 2017 la recurrente presentó ante el Órgano de contratación un escrito en el que, además de solicitar el registro de entrada de las ofertas de los licitadores al contrato, dejaba constancia de que las entregadas en fecha posterior a la señalada en los pliegos debían ser automáticamente excluidas del proceso de licitación. Este escrito fue contestado por Resolución de Alcaldía nº 062/2017, en cuya parte dispositiva se desestimaban las alegaciones formuladas y se declaraban admitidas todas las proposiciones presentadas con anterioridad al 7 de julio de 2017. Como pie de recurso se otorgaba el recurso potestativo de reposición o bien el recurso contencioso administrativo.



El recurrente considera que el acuerdo de admisión es un mero acto de trámite no cualificado, únicamente recurrible una vez recaída la adjudicación del contrato. Sin embargo, esta afirmación no se puede sostener tras la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2017 (asunto C-391/15 ECLI:EU:C:2017:268), que señala que el hecho de que la normativa nacional obligue en todos los casos al licitador a esperar a que recaiga el acuerdo de adjudicación del contrato de que se trate antes de poder interponer un recurso contra la admisión de otro licitador, infringe las disposiciones de la Directiva 89/665, de cuyo literal se deduce la impugnabilidad de actos como la admisión de los licitadores. Consecuentemente, el literal del art. 40.2.b) del TRLCSP que, hasta ahora, ha sido interpretado por la generalidad de los órganos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación en el sentido de considerar que el acuerdo de admisión de licitadores no es un acto de trámite que decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, resulta incompatible con la normativa europea e inaplicable por efecto del principio de primacía, toda vez que se ha declarado el efecto directo de las disposiciones de la Directiva 89/665 aplicables al caso (ver, en este sentido, el documento “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”)¹

En el presente procedimiento nos encontramos ante un acto expreso de admisión de ofertas que es notificado a los interesados, si bien de forma defectuosa pues el ofrecimiento de recursos que realiza la notificación es erróneo al señalar como el procedente el potestativo de reposición. El artículo 40 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para

¹http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf



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 el acto en lugar del recurso especial ante este OARC / KEAO) por lo que, de acuerdo con una reiteradísima doctrina (ver, por ejemplo, las resoluciones 15/2016, 94/2016, 126/2016 y 27/2017, así como las sentencias del Tribunal Supremo que se resume, por ejemplo, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011), en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca. Por otra parte, no se aprecia desviación procesal, pues esta es la primera vez que el recurrente formula su pretensión de inadmisión de las ofertas de sus competidores y el escrito presentado en su día lo era con carácter general y no contenía una pretensión impugnatoria concreta e individualizada sino una observación y, por otra, el principio antiformalista que preside el procedimiento de recurso especial y el principio «pro actione» aconsejan la admisión del recurso.

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Zierbena tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

QUINTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) La cláusula 10 de la carátula del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) dispone que el plazo de presentación de ofertas será de 40 días naturales siguientes al envío al DOUE del anuncio de la licitación y que si el último día del plazo es sábado o festivo el plazo finalizará el siguiente día hábil. Esta misma forma de cómputo del plazo de presentación de ofertas es el que figura, asimismo, en el apartado 12 del anuncio publicado por el poder adjudicador en su perfil del contratante y en el apartado 12 del anuncio de licitación publicado en el BOB. Por su parte, en el Acuerdo de la



Junta de Gobierno Local de 18 de mayo de 2017, de aprobación del expediente de contratación, así como en la web del Ayuntamiento, en el propio anuncio del DOUE, en el anuncio del BOB y en el del BOE, se indica que con fecha 22 de mayo de 2017 se ha procedido a remitir la información al DOUE. Consiguientemente, el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 1 de julio de 2017, que como era sábado y por tanto día inhábil, se retrasaba al siguiente día hábil; esto es, el 3 de junio de 2017. No obstante, en el apartado 8-a) del anuncio de la licitación en el BOE se señala que la fecha límite para la presentación de ofertas es el 7 de julio de 2017, en vez del 3 de julio.

b) No nos encontramos ante una mera discrepancia de fechas entre varios anuncios dado que el PCAP y su carátula son “la ley del contrato y de su adjudicación” y éstos dejan claro que el plazo de presentación es de 40 días naturales desde la fecha del envío del anuncio al DOUE, en segundo lugar, los anuncios de la web del Ayuntamiento y del BOB explicitan, no sólo lo que dice el Pliego y la Carátula, sino que esa fecha de envío del anuncio al DOUE se efectuó el 22 de mayo de 2017, en tercer lugar, el anuncio del DOUE especifica que la fecha de remisión del anuncio fue el 22 de mayo de 2017 y, si bien no figura de forma explícita la cláusula del PCAP referida al plazo de presentación de ofertas, se puede deducir la misma por remisión y, por último, la fecha límite de presentación de ofertas que figura en el anuncio del BOE, resulta incorrecta, además de imposible e incoherente con el propio contenido del anuncio. En el abanico de todos los anuncios, la única fecha discordante es la del anuncio del BOE de forma patente y la fecha de 7 de julio no es su única incoherencia interna, sino que también indica que la fecha de apertura de ofertas es el 24 de mayo de 2017 (apartado 9-d), lo cual es imposible ya que el anuncio se publica el 26 de mayo de 2017.

c) Las otras dos empresas que han participado en el procedimiento de adjudicación del contrato gozan de gran experiencia en la contratación con las Administraciones públicas y el sector público por lo que la presentación de sus



ofertas el 7 de julio de 2017, o bien carece de la buena fe exigida o se produce por desidia únicamente imputable a ellas.

d) La pretensión de la recurrente es la nulidad o anulabilidad del acuerdo recurrido que conlleva la nulidad de la admisión de las otras dos ofertas concurrentes en el procedimiento (GARBIALDI y CESPÁ) y la adjudicación del contrato a la recurrente. De forma subsidiaria solicita la retroacción al momento de presentación de solicitudes a fin de que el recurrente tenga el mayor plazo del que han dispuesto las otras licitadoras.

SEXTO: El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) Nos encontramos ante un error en la redacción del anuncio del BOE, el único que hace constar una fecha concreta sin necesidad de proceder al cálculo a partir de otra fecha. No cabe hablar de “*incoherencia interna*” del anuncio para pretender privar de efectos frente a terceros del citado error, ya que lo obvio es que es más fácil hacer caso de una fecha cierta que tener que calcularla.

b) Formalmente se recurre el acto de adjudicación pero en realidad nos encontramos ante un recurso indirecto contra la Resolución de la Alcaldía de 13 de julio desestimando la inadmisibilidad solicitada. La recurrente incurre en desviación procesal habida cuenta que debió, en su caso, articular correctamente y en plazo la impugnación de dicho acuerdo que, conforme al art. 40.2.b) del TRLCSP se trata de un acto impugnabile. Ningún reproche jurídico se realiza en el recurso a la valoración de las ofertas, el único óbice es que las propuestas de las otras dos competidoras debieron ser excluidas del procedimiento.

c) El recurso no contiene alegación o argumentación alguna fundada en derecho de que los cuatro días de diferencia hubieran supuesto una ampliación



o mejora de su oferta. No se puede alegar indefensión por cuanto su oferta ha sido examinada y valorada en las mismas condiciones que las de sus contrincantes.

SÉPTIMO: Por su parte, GARBIALDI, adjudicataria impugnada, formula las siguientes alegaciones:

a) El anuncio de licitación se publicó en el BOE el 26 de mayo de 2017, sin embargo, la recurrente no muestra su disconformidad con dicha fecha hasta el 13 de julio de 2017. Si los anuncios de licitación forman parte de los pliegos, basar el recurso especial en el supuesto error o incongruencia de la fecha de presentación de ofertas resulta, a estas alturas del procedimiento de contratación, de todo punto extemporáneo. Si la empresa recurrente no solicitó ninguna aclaración al respecto ni impugnó en tiempo y forma los pliegos y documentos del procedimiento, no puede ser considerado como válido este motivo para interponer ahora un recurso especial.

b) Según el pie de recurso de la Resolución de Alcaldía 062/2017, contra la misma cabe el recurso potestativo de reposición o bien el recurso contencioso-administrativo, sin que conste que se haya interpuesto alguno de ellos por lo que, si ello es así, el recurrente ha dejado caducar el derecho a ejercer cualquier tipo de oposición.

c) En base al principio de seguridad jurídica, transparencia y concurrencia, en caso de discrepancia en algún aspecto de la licitación, la interpretación no puede realizarse en sentido restrictivo, ya que lo contrario privaría al órgano de contratación de poder adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa.

OCTAVO: La cuestión que se plantea en el recurso es, en síntesis, si la presentación de las ofertas contractuales de GARBIALDI y CESPAS se ajusta a las bases del procedimiento de contratación, habida cuenta de la discrepancia



entre la información que sobre el plazo de presentación de ofertas obra en los diversos documentos del expediente de contratación.

En el expediente administrativo remitido por el poder adjudicador, únicamente figuran los anuncios enviados al DOUE y al BOE, no los publicados por dichos diarios oficiales.

Consultada la base de datos del Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE), consta que en el anuncio publicado el 24 de mayo de 2017 (anuncio 2017/S 099-196430)², la fecha señalada para la presentación de ofertas o solicitudes de participación, en contra de lo alegado por el recurrente, es la siguiente:

IV.2.2) Plazo para la recepción de ofertas o solicitudes de participación

Fecha: 07/07/2017

Hora local: 13:00

Por su parte, en el anuncio publicado en el BOE nº núm. 125, de 26 de mayo de 2017,³ consta como fecha de presentación de ofertas:

8. Presentación de ofertas o de solicitudes de participación:

a) Fecha límite de presentación:

Hasta las 13:00 horas del 7 de julio de 2017 (fecha límite de presentación de ofertas).

En el anuncio publicado en el Boletín Oficial de Bizkaia (En adelante, BOB)⁴, esta información se facilita de la siguiente forma:

12. *Presentación de proposiciones*

-Fecha límite de presentación: Hasta las 13:00 horas de los cuarenta (40) días naturales, contados desde el siguiente al de la fecha de envío de licitación al «Diario Oficial de la

² <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:196430-2017:TEXT:ES:HTML&src=0>

³ núm. 125, de 26 de mayo de 2017, páginas 38604 a 38605

⁴ http://www.bizkaia.eus/lehendakaritza/Bao_bob/2017/05/31/II-2476_cas.pdf?hash=e460af8a65f0878ee884f854df6c72e9



Unión Europea». En el caso de que el último día del plazo sea sábado o festivo, el plazo finalizará el siguiente día hábil.

Por su parte, el punto 10 de la carátula del PCAP dispone lo siguiente:

10. LUGAR Y PLAZO DE PRESENTACIÓN DE LAS OFERTAS: Registro General del Ayuntamiento, en horario de 9:00 a 13:00 horas, durante el plazo de 40 días naturales siguientes al envío al DOUE del anuncio de licitación. En el caso que el último día hábil del plazo sea sábado o festivo el plazo finalizará el siguiente día hábil.

Finalmente en el anuncio que el poder adjudicador publica en su perfil del contratante figura esta información:

12.- Presentación de proposiciones.

-Fecha límite de presentación: hasta las 13:00 horas de los cuarenta (40) días naturales, contados desde el siguiente al de la fecha de envío del anuncio de licitación al «Diario Oficial de la Unión Europea». En el caso de que el último día del plazo sea sábado o festivo, el plazo finalizará el siguiente día hábil.

La divergencia del plazo de presentación de ofertas se presenta entre la información publicada en el DOUE y BOE, por un lado, y la que figura en el PCAP y en el perfil y el BOB, por otro.

La celebración de un contrato requiere la previa elaboración de un expediente (artículo 109 del TRLCSP) al que se incorporan tanto el PCAP como el de prescripciones técnicas, y una vez completado el expediente, el órgano de contratación aprueba el mismo mediante resolución motivada (artículo 110 del TRLCSP). Sin perjuicio de lo anterior, la celebración del contrato precisa, también, de un procedimiento de adjudicación al que, salvo excepciones, se le da publicidad a través de la publicación de los anuncios en los boletines o diarios correspondientes y en los perfiles de contratante (artículo 142 del TRLCSP).



Los pliegos del contrato y los anuncios de licitación cumplen funciones distintas pero complementarias. Es comúnmente admitido que los PCAP determinan el régimen jurídico del contrato, regulan el procedimiento de licitación y fijan los derechos y deberes de las partes en la ejecución del contrato. Como señala el artículo 115 del TRLCSP, en los PCAP «(...) se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo.» Por su parte, los anuncios de licitación sirven como instrumentos para el cumplimiento de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, recogidos todos ellos en el artículo 1 del TRLCSP.

No obstante, tal y como ha manifestado este OARC / KEAO en su Resolución 008/2016 «(...) el anuncio de licitación, además de cumplir con las funciones de procurar la máxima concurrencia y de dar noticia a los potenciales interesados de los términos y requisitos del contrato, es un auténtico documento contractual en cuanto contiene los términos que han de regir el procedimiento de contratación, como reconoce ahora expresamente el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (ver, en este sentido, el Acuerdo 107/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón).»

Téngase en cuenta que, de hecho, tanto el PCAP como los anuncios de licitación son objeto del recurso especial en materia de contratación en un plano de igualdad (artículo 40.2 a) del TRLCSP) (ver, en este sentido, la Resolución 93/2016 de este OARC/KEAO).

Sentada la base de que los anuncios son documentos contractuales y, por ello, se hallan en un plano de igualdad con el resto de cláusulas del PCAP, queda por resolver cómo se resuelven las contradicciones o divergencias entre ellos. En la Resolución 086/2016 este Órgano ha manifestado que «(...) existiendo una contradicción entre dos documentos contractuales contraria al principio de transparencia, se crea una oscuridad en la interpretación de los mismos que, según una reiterada doctrina (ver, por todas, la Resolución 008/2016 del OARC / KEAO, así como el artículo 1.288 del Código Civil) no puede perjudicar a quien no la ha causado nada menos que con la expulsión de su



oferta, (...).» Es decir, la oscuridad de las bases de la licitación creada por el poder adjudicador no puede perjudicar a quien no la ha ocasionado y mucho menos con la sanción de exclusión del procedimiento. Téngase en cuenta que las licitadoras cuya admisión se discute han presentado sus ofertas guiadas por el anuncio publicado en el DOUE que, conforme al art. 142.3 del TRLCSP debe preceder a cualquier otra publicidad, no pudiendo contener el resto de los anuncios indicaciones distintas a las incluidas en aquel.

Tampoco cabe estimar la pretensión subsidiaria de retroacción de actuaciones hasta el momento de presentación de ofertas con el fin de que pueda presentar oferta en el plazo adicional de cuatro días del que han dispuesto sus competidoras, pues el recurrente en nada motiva esta petición ni indica, y mucho menos acredita, el perjuicio real que le ha ocasionado la presentación de la oferta en un plazo inferior al del resto de sus competidores. Es más, su recurso no contiene ningún argumento en contra de la adjudicación del contrato; todos se refieren a la admisión de las ofertas.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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, la titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A. frente a la adjudicación del contrato de “Recogida de residuos sólidos urbanos (RSU) del municipio de Zierbeba), tramitado por el Ayuntamiento de 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 automática del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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

Vitoria-Gasteiz, 2017ko azaroaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de noviembre de 2017