



EB 2017/139

Resolución 133/2017, de 11 de diciembre 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 la empresa ALAIZKI ZERBITZU GAUZAKULTURALAK, S.L. contra la adjudicación del contrato “Programa de intervención educativa EZAGUTU BARAKALDO”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de septiembre de 2017, la empresa ALAIZKI ZERBITZU GAUZAKULTURALAK, S.L. (en adelante, AZG), interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Programa de intervención educativa EZAGUTU BARAKALDO”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo, que fue presentado en el registro del órgano de contratación.

SEGUNDO: El citado recurso, el expediente 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), se recibieron en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) los días 3 y 15 de noviembre de 2017.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 8 de noviembre, no se ha recibido ninguna alegación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D. A.R.V., que actúa en su nombre.



SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada, circunstancia que, según el apartado 1 c) de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), concurre en este contrato. Sin embargo, el código CPV atribuido en el apartado 1 b) de dicha carátula es el 80400000-8, incluido en la categoría 24 (“Servicios de educación y formación profesional”) del Anexo II del TRLCSP, lo que excluiría la sujeción a regulación armonizada (artículo 16.1 del TRLCSP). No obstante, dado que el valor estimado supera los 209.000 euros, el contrato estaría en todo caso comprendido en el ámbito del recurso especial, de acuerdo con el artículo 40.1 b) del TRLCSP.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

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

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

SEXTO: El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) La oferta del recurrente ha sido excluida (no se ha sometido a la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor) por carecer de contenidos contemplados en los pliegos determinantes para poder enjuiciar el proyecto presentado y conocer si responde mínimamente al objeto del contrato y a lo solicitado por el Ayuntamiento. La argumentación empleada para justificar la exclusión es genérica y no acredita la incidencia global de las supuestas carencias documentales.
- b) El recurrente señala que el contenido recogido en los apartados 5.1.2 y 5.1.3 del Pliego de Condiciones Técnicas (PCT) se refiere a prestaciones que habrá de incluir el contrato que derive de la licitación en relación a los dos programas a desarrollar, que se supone asumido por el licitador al presentar la oferta y que no es susceptible de evaluación sino contenido obligatorio para el futuro adjudicatario, siendo



la fase de ejecución del contrato el momento en el que se podrá verificar si tal obligación se cumple o no (de hecho, la página 8 del PCT no se refiere al licitador, sino al adjudicatario). Por ello, no es un contenido que pueda servir para excluir una oferta en fase de licitación. En cualquier caso, se alega que los citados contenidos sí constan (con mención expresa de las páginas) entre la documentación aportada por el recurrente.

- c) Por lo que se refiere al contenido exigido por el PCAP cuya supuesta omisión fundamenta el acto impugnado, el recurrente alega que, en parte, figura entre la documentación técnica de la proposición (se mencionan las páginas 12, 14 a 20 y 39 y siguientes de la memoria técnica), en concreto lo relativo a la “Propuesta de estructuración diseño y funcionamiento CIHMA – Luis Choya Almaraz”, “Cuadrante horario de cada persona contratada, en el que se plasme la correcta organización y coordinación entre los dos subprogramas” y “Relación de personas propuestas para el desarrollo de los subprogramas incluyendo a la persona de referencia asignada por el contratista”.
- d) No hay razón para la exclusión de la oferta, que debió ser valorada, sin perjuicio de que si la documentación no incluye o no desarrolla ciertos apartados evaluables, ello tendría repercusión en la puntuación obtenida.
- e) No puede aceptarse el argumento empleado por el Ayuntamiento en el sentido de que el contenido de la oferta no era suficiente para la valoración y *“más aun en perspectiva comparada con la otra oferta”*, pues las proposiciones deben juzgarse en todo caso con arreglo a los pliegos.
- f) Finalmente, se solicita que se dicte una resolución por la que se declare disconforme a derecho el acto impugnado y se anulen todos los actos posteriores a la exclusión, retrotrayendo el procedimiento para valorar ambas propuestas.



SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

- a) Los pliegos, tanto el de cláusulas administrativas particulares como el de prescripciones técnicas, vinculan al poder adjudicador y a los licitadores; consecuentemente, las proposiciones que no se ajusten a su contenido deben excluirse.
- b) Los defectos de la oferta del recurrente, que ya se exponen en los informes técnicos que constan en el expediente, no son meros errores materiales o ambigüedades subsanables, sino incumplimientos expresos y claros que impiden la adecuada ejecución del contrato y la valoración de la proposición del recurrente.

OCTAVO: La exclusión de la oferta del recurrente está incluida en el acto de adjudicación (Decreto de Alcaldía 6127 de 1 de septiembre de 2017), y de acuerdo con la motivación que consta en él y la documentación que figura en el expediente (fundamentalmente, el informe de 11 de julio de 2017), a la que ALAIZKI consta que ha accedido, se fundamenta en que la oferta carece de los contenidos exigidos en los siguientes apartados de los pliegos:

- a) Por lo que se refiere al PCT:

5.1.2 Gestión y dinamización del CIHMA-Luis Choya Almaraz

Se deberá incluir calendario y propuesta horaria de apertura todos los días de la semana con arreglo al siguiente horario mínimo:

Todo el año: 11:30h. - 15:00h. (lunes cerrado al público) 21 de junio - 21 de Septiembre: sábados 11:30h. - 15:00h. y 17:00h. - 19:00h.

Organización y dinamización de exposiciones y eventos en el centro, que sirvan de impulso para el conocimiento de la ciudad (como mínimo un número de tres al año). Aparte de mantener actualizada la autoguía del centro.

5.1.3. Ezagutu Barakaldo para público general.

El objetivo es que esta intervención sea dinamizada desde el CIHMA-Luis Choya Almaraz. La empresa adjudicataria habrá de velar por este objetivo y habrá de diseñar y poner en marcha todas aquellas actuaciones y programas que faciliten esta finalidad. En concreto, y



como mínimo, la empresa de servicios deberá diseñar y ejecutar la implementación de 14 recorridos guiados, en los que la ciudad de Barakaldo sea la protagonista, y que tendrán como temática, entre otras: (...)

b) Por lo que se refiere a la carátula del PCAP, los siguientes contenidos señalados en el apartado 20.1 como parte del “Proyecto técnico” incluido en el sobre “B” de la oferta (documentación relativa a los criterios no evaluables mediante cifras o porcentajes):

- plan de formación para el personal contratado en lo referente a contenidos históricos y medioambientales,
- cuadrante horario de cada persona contratada, en el que se plasme la correcta organización y coordinación entre los dos Subprogramas,
- propuesta de estructuración; diseño y funcionamiento del Centro de Interpretación Histórica y Medioambiental-Luis Choya Almaraz,
- Relación de las personas propuestas para el desarrollo de los Subprogramas incluyendo a la persona de referencia asignada por el contratista.

Contrastado el objeto del recurso con el contenido de los pliegos que se ha expuesto, el cual rige la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador por no haber sido impugnados en tiempo y forma, se observa lo siguiente:

a) Por lo que se refiere a los supuestos incumplimientos del PCT alegados por el poder adjudicador, este OARC / KEAO estima que debe rechazarse que puedan justificar la exclusión de la oferta sin valorarla. Esta conclusión se deduce de la literalidad del propio PCT, que en varios apartados deja claro que su objetivo no es regular el contenido de la documentación que debe presentar el licitador, sino determinar cómo debe ejecutar el contrato quien resulte adjudicatario del mismo. Así, el apartado 5.1.1 establece que «La empresa adjudicataria deberá proporcionar un diseño de la estructura general de funcionamiento de cada uno de los subprogramas», y el apartado 5.1.3 señala que «El objetivo es que esta intervención sea dinamizada desde el CIHMA –Luis Choya Almaraz. La empresa adjudicataria habrá de velar por este objetivo y habrá de diseñar y poner en marcha todas aquellas actuaciones y programas que faciliten esta finalidad.» Ello es conforme con el



objeto del contrato, que no incluye únicamente la ejecución del programa «Ezagutu Barakaldo», sino también su previa redacción (ver el apartado 2 del PCT), porque no sería coherente que se exigiera a los licitadores que la documentación que deben presentar fuera ya una ejecución anticipada de la prestación, como si fueran los contratistas. Finalmente, debe señalarse que esta interpretación es consistente con las funciones que el TRLCSP (ver el artículo 116) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por el Real Decreto 1098/200 (ver el artículo artículo 68), asignan al PCT, entre las que no figura establecer el contenido de las proposiciones, aspecto que corresponde al PCAP (ver el artículo 67.2 h) del RGLCAP), y que la aceptación del PCT se presume por la presentación de la oferta, salvo que ésta contenga contradicciones con el mismo, lo que no es alegado por el poder adjudicador (ver, por ejemplo, la Resolución 133/2016 del OARC / KEAO).

- b) En cuanto a las omisiones de documentación solicitada en el apartado 20.1 de la carátula del PCAP, la apreciación sobre la viabilidad de la alegación debe partir de la finalidad del requerimiento de documentación debatido. De la ubicación sistemática y procedimental de dicho requerimiento (epígrafe 20 de la carátula, «Forma de presentación de las ofertas»), así como de la literalidad del apartado (el sobre “B” al que se refiere el apartado «contendrá la documentación relativa a los criterios no valorables en cifras o porcentajes...» y «A efectos de ponderación...») se deduce que el objetivo es determinar qué contenidos precisa el poder adjudicador para poder evaluar en qué medida las ofertas cumplen con los criterios de adjudicación (ver, por ejemplo, el artículo 67.4 de la Directiva 2014/24/UE, dotado de efecto directo¹ y cuya transposición se produce en el artículo 145.5 c) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector

¹ Ver el documento “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos”, disponible en el siguiente enlace:

https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf



Público), lo que, como se ha dicho en la letra a) anterior es además un dato propio del PCAP.

En consecuencia con la citada finalidad, este OARC / KEAO estima que la omisión o las insuficiencias de la documentación necesaria para evaluar los criterios de adjudicación no sujetos a apreciación mediante fórmulas no pueden suponer la exclusión de la oferta sino, en su caso, una puntuación más baja o incluso nula en el criterio que se trata de acreditar; solo podría ser de otra manera si las deficiencias documentales de la proposición fueran de tal calibre que impidieran conocer su contenido o contrastar el cumplimiento de las prescripciones mínimas de los pliegos (ver la Resolución 72/2017 del OARC / KEAO). Tal situación extrema no parece darse en este caso y no es alegada por el Ayuntamiento, que se limita a señalar que no es posible realizar la valoración comparativa de ambas ofertas, lo que no es cierto, sin perjuicio de que el recurrente pudiera recibir una baja puntuación por las omisiones o imprecisiones de su proposición. De hecho, el poder adjudicador no expresa cuáles son las exigencias de los pliegos concretamente incumplidas, lo que es lógico, pues parte del objeto contractual es precisamente elaborar (redactar) el programa “Ezagutu Barakaldo”, por lo que el contenido final del mismo solo se conocerá cuando lo entregue el contratista, siendo difícil que, entre tanto, pueda decirse que una oferta se opone al contenido mínimo del PCT. Asimismo, debe señalarse que, con independencia de la evaluación que hubieran podido merecer en aplicación de los criterios de adjudicación, se observa que, tal y como indica el recurso, algunos de los contenidos de la oferta guardan clara relación con aquellos cuya omisión denuncia el Ayuntamiento; en cambio, el plan de formación para el personal contratado, uno de los contenidos de la oferta que se echan en falta, tiene difícil correlativo en alguno de los criterios de adjudicación o entre los requisitos del PCT, por lo que parece exagerado darle relevancia suficiente como para fundamentar una exclusión en su ausencia.



Por todo ello, el rechazo de la oferta del recurrente sin proceder a su evaluación debe considerarse contraria a los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación y, en cualquier caso, contraria al principio de proporcionalidad que debe ponderarse ante la toma de una decisión tan drástica como la exclusión de una proposición cuando cabe la alternativa de puntuar negativamente las carencias de la proposición; todo ello lleva a la estimación del recurso.

NOVENO: Por lo que se refiere al alcance de la estimación de la impugnación, este OARC / KEAO entiende que no se puede acceder a la pretensión de que se retrotraigan las actuaciones para efectuar una valoración de las dos ofertas presentadas. Téngase en cuenta que ya se ha desvelado el secreto de las ofertas (en el caso de la adjudicataria impugnada, incluso en lo que se refiere a los criterios sujetos a fórmulas), por lo que la citada retroacción no podría en ningún caso dar lugar a la valoración objetiva y separada por tipos de criterios (sujetos a fórmulas y sujetos a juicio de valor) que pide el artículo 150.2 TRLCSP, trámite esencial del procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 37/2017 del OARC / KEAO) cuya omisión conlleva la nulidad del procedimiento de adjudicación de conformidad con el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común. Consecuentemente, solo cabe la cancelación de la licitación, lo que no implica empeorar la posición del recurrente (ver el artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), pues le permite pasar de estar excluido en la presente licitación a poder presentarse en un hipotético procedimiento de adjudicación con idéntico objeto. Debe remarcarse que este alcance no infringe el principio de congruencia establecido en el artículo 47.2 del TRLCSP, pues se deriva de la propia naturaleza y características del procedimiento de contratación tal y como está legalmente perfilado, y no de la relación entre la pretensión y la presente 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, 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 empresa ALAIZKI ZERBITZU GAUZAKULTURALAK, S.L. contra la adjudicación del contrato “Programa de intervención educativa EZAGUTU BARAKALDO”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko abenduaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de diciembre de 2017