



EB 2020/101

Resolución 143/2020, de 30 de octubre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con la reclamación interpuesta por la empresa SEGURMA, S.A. contra la adjudicación y la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato “Servicios de seguridad y vigilancia, Lote 3 Mantenimiento de sistemas de seguridad”, tramitado por Euskotren.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 14 de julio de 2020 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), la reclamación en materia de contratación interpuesto por la empresa SEGURMA, S.A. contra la adjudicación y la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato “Servicios de seguridad y vigilancia, Lote 3 Mantenimiento de sistemas de seguridad”, tramitado por Euskotren.

SEGUNDO: El mismo día 14 se remitió la reclamación al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación y el informe al 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 16 de julio.

TERCERO: Trasladada la reclamación a los interesados con fecha 17 de julio, no se ha recibido alegación alguna.





II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PREVIO. - Legislación aplicable.

El Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, en el apartado primero de su Disposición Transitoria Primera establece que “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.”

En este sentido, al publicarse el anuncio de licitación del presente expediente con anterioridad a la entrada en vigor del citado el Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero, sería de aplicación la normativa anterior, esto es, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE). No obstante, el apartado tercero de la referida Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley podrá interponerse la reclamación prevista en el artículo 119 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.”

El acto impugnando en el presente procedimiento es el acuerdo de adjudicación de fecha 25 de junio de 2020 y que, por tanto, es posterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero. En consecuencia, los preceptos procesales que han de regir el presente expediente son los establecidos en el Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero y, en especial, la reclamación prevista en el artículo 119 de la antedicha norma que, en lo que respecta a su régimen jurídico, se rige por las normas de la LCSP con las especialidades previstas en el artículo 121 del mencionado Real Decreto-ley 3/2020. En cambio, la norma sustancial que ha de aplicarse para la resolución del fondo de la cuestión ha de



ser la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por tratarse de un expediente de contratación iniciado antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero; no obstante, la aplicación de esta Ley debe entenderse, en su caso, desplazada por el efecto directo de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (en adelante, DSE), cuyo plazo de trasposición finalizó, para la mayor parte de su contenido, el 18 de abril de 2016.¹

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.A.M.C., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo de la reclamación

Nos hallamos ante un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios instado por una entidad adjudicadora (ver el Fundamento Jurídico Quinto de esta Resolución) que opera en el ámbito de la actividad de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio al público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable (artículo 11 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero).

¹ Ver el documento de los órganos y tribunales de recursos contractuales de 1 de marzo de 2016 “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de contratos del sector público”, disponible en el siguiente enlace: https://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/kpecpe_oarc_memorias_doctrina/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf



En lo referente al valor estimado del contrato, se trata de un contrato de servicios específicos de investigación y seguridad incluidos en Anexo I del Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero con un valor estimado superior a 1.000.000 de euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 119.2. c) del Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero señala que podrán ser objeto de reclamación en materia de contratación: «Los acuerdos de adjudicación adoptados por las entidades contratantes.»

La parte recurrente impugna el acuerdo de adjudicación.

CUARTO: Interposición de la reclamación en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 121 del Real Decreto ley 3/2020 de 4 febrero en relación con el artículo 50.1 de la LCSP, la reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico de la entidad adjudicadora

EUSKOTREN, es una sociedad pública adscrita al Departamento de Planificación Territorial, Vivienda y Transportes (artículo 11.2 del Decreto 18/2020, de 6 de septiembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos), que fue creada por Decreto 105/1982, de 24 de mayo y cuyo objeto social, modificado por el Decreto 67/2006, de 21 de marzo, comprende, entre otros, la prestación de servicios de transporte ferroviario, tanto de viajeros como de mercancías, incluyendo el mantenimiento del material rodante, y de otros servicios o actividades complementarias o vinculadas al transporte ferroviario pudiendo, en especial, desarrollar, en la medida en que le sea encomendado por cualquier disposición jurídica o normativa, la explotación de las líneas ferroviarias transferidas a la Comunidad Autónoma de Euskadi por Decreto 2488/1978, de 25 de agosto y por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre.



Consecuentemente, nos hallamos ante una entidad que no es administración pública a los efectos de la LCSP y que opera en el ámbito de la actividad de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio al público en el campo del transporte por ferrocarril (artículo 11 del RDley 3/2020), por lo que el régimen de invalidez y reclamación del contrato impugnado se rige por lo dispuesto en el RDley 3/2020 (ver Fundamento Jurídico previo de esta Resolución).

SEXTO: Motivos de la reclamación

La reclamación se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) La proposición de la recurrente fue excluida de la licitación por cometer un error material al no acompañar a la oferta económica una hoja Excel donde se justifican los conceptos de la oferta económica.
- b) De todas formas, en la oferta económica se encuentran recogidas tanto el precio unitario del servicio de mantenimiento preventivo como el precio €/hora del técnico para el mantenimiento correctivo y evolutivo.
- c) Se debió haber concedido a la recurrente un plazo de subsanación, tal y como se hizo con la acreditación del porcentaje de personas que podían comunicarse en euskera.
- d) A tenor de lo previsto en la página 56 del PPT en relación al contenido del archivo nº 3, la eliminación por parte del órgano contratante de alguna de las ofertas no es algo obligatorio, sino potestativo.
- e) Finalmente, se solicita la revocación de la exclusión, ordenando la retroacción de actuaciones para que se conceda al recurrente la oportunidad de subsanar el defecto y se proceda, a continuación, a valorar y clasificar la oferta



junto con las demás admitidas, adjudicando el contrato a la proposición económicamente más ventajosa.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación de la reclamación con los argumentos que a continuación se exponen:

- a) La presentación de la justificación de la oferta era obligatoria según los pliegos y la consecuencia de su no presentación era la no aceptación de la oferta. Además, no cabe subsanación pues no estamos ante un error material o aritmético, sino ante la ausencia total de la documentación requerida.
- b) La justificación de la oferta económica no es una cuestión baladí o caprichosa, sino que tiene relevancia para apreciar genéricamente los componentes que configuran el precio y especialmente el coste de la mano de obra.
- c) La recurrente se encuentra en presunción de oferta anormalmente baja, por lo que permitirle ahora presentar la documentación justificativa de la oferta económica le podría permitir alterar la composición de la oferta para justificar su baja.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de la reclamación debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación que, por no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

PCAP

III. ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

10.-ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO



10.1 APERTURA

(...)

Los archivos electrónicos se abrirán por su orden y se examinará su contenido. Los documentos presentados por las empresas licitadoras en cada archivo electrónico serán previamente examinados y calificados, de manera que la no presentación de algún documento de entre los exigidos en cada momento o la presentación de estos en forma distinta a la requerida, dará lugar a la no admisión definitiva de la oferta. No obstante lo anterior, se podrá conceder un plazo de tres días para que la empresa licitadora subsane los defectos materiales o de hecho observados en la documentación presentada.

PPT

17.3 SOBRE/ARCHIVO N°3: Sobre de fórmulas

Se deberán incluir Los siguientes documentos:

1. "Modelo de proposición criterios de evaluación mediante fórmulas" para el Lote correspondiente, íntegramente rellenado, firmado y sellado, que se adjunta junto con el resto de ficheros de la licitación.

El cual incluirá:

- ✓ Propuesta económica tal y como se detalla en el ANEXO 04 al presente pliego,
- ✓ % plantilla asignada al contrato capaces de comunicarse en euskera (nivel B1)
- ✓ % mujeres en el total de la plantilla asignada efectivamente al contrato

2. Justificación de la oferta económica, en documento separado, en soporte informático en formato Excel, que contenga una explicación detallada de los precios globales ofertados y de las bases de su cálculo teniendo en cuenta los diferentes perfiles, número y tipo de horas, convenio colectivo, etc., según las especificaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

3. Justificación del % oferta de plantilla asignada al contrato capaces de comunicarse en euskera (sin incluir personal subrogable): se aportarán los títulos o certificados oficiales.

4. Justificación % mujeres en el total de la plantilla asignada efectivamente al contrato (sin incluir personal subrogable): Se incluirá La composición de la estructura operativa directamente asociada a La prestación del servicio y detallando La presencia de mujeres.

5. Adicionalmente para el caso del Lote 3 se deberá presentar un Listado orientativo de repuestos compatibles con Desico para el Mantenimiento de Sistemas de Seguridad valorados económicamente. Este Listado no se evaluará, únicamente se tomará como referencia para la 1a facturación del mantenimiento. En el momento de facturar deberán ser demostrados con Los precios del suministrador.

Las ofertas que no incluyan alguno de dichos documentos en el sobre 3 o sobre de fórmulas podrán no ser aceptadas.

(...)



SERVICIO DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA PARA EUSKOTREN, P10020755
MODELO DE PROPOSICIÓN CRITERIOS DE EVALUACIÓN MEDIANTE FÓRMULAS
LOTE 3 - MANTENIMIENTO DE SISTEMAS DE SEGURIDAD



1. PROPUESTA ECONÓMICA:

Únicamente rellenar las casillas amarillas.

Las propuestas que no tengan rellenas todas y cada una de estas casillas para este apartado no serán aceptadas.

Los precios no deberán tener más de dos decimales. Si se pusieran más de dos decimales, sólo se computarán los dos primeros. No se admitirán precios nulos, 0€, o que superen alguno de los máximos indicados.

En documento separado, en soporte informático en formato Excel (ZIP), se incluirá justificación de la oferta económica, que contenga una explicación detallada de los precios globales ofertados y de las bases de su cálculo teniendo en cuenta los diferentes perfiles, número y tipo de horas, convenio colectivo, etc., según las especificaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares. De no incluir este documento, la oferta no será aceptada.

LOTE 3 ANEXO 04	PRECIO UNITARIO (sin IVA)	UNIDADES ESTIMADAS ANUALES	TOTAL ANUAL €
SERVICIO MANTENIMIENTO PREVENTIVO (1)		1	0,00 €
SERVICIO MANTENIMIENTO CORRECTIVO / EVOLUTIVO	40.000,00 €	1	40.000,00 €
1. Propuesta económica anual (SIN IVA) <i>(Máximo 100.000,00€)</i>			40.000,00 €
Precio €/hora técnico de mantenimiento correctivo y evolutivo (2) <i>(Máximo 50,00 €/hora)</i>			

La controversia entre las partes se reduce a una única cuestión: si la consecuencia de que la recurrente haya omitido en el sobre nº 3 la justificación de la oferta económica ha de ser causa de exclusión o si puede ser una omisión subsanable. A este respecto, el poder adjudicador alega que la exclusión se basa en una regla expresada claramente en los pliegos de la licitación mientras que el recurrente manifiesta que la información contenida en los pliegos es ambigua. Para el análisis de esta alegación se comenzará exponiendo la doctrina de este OARC / KEAO sobre la subsanabilidad de la información contenida en la oferta económica para, a continuación, analizar si la regla de no admisión de la oferta por la no inclusión de la justificación de la oferta económica opera de forma automática sin posibilidad de subsanación.

a) Sobre la subsanación de la oferta económica y técnica

El OARC / KEAO ha manifestado (ver su Resolución 153/2018) que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta pueden corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos,



a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta, tal y como exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ver, en este sentido STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto 599/10, ECLI:EU:C:2012:191, apartados 36, 37, 40 y 4, referida al procedimiento restringido pero plenamente aplicable al abierto). Siguiendo esta jurisprudencia, este OARC/KEAO ha manifestado que el principio general es el de la imposibilidad de subsanar las imprecisiones o los errores de la documentación de la oferta técnica o económica (ver, en este sentido la Resolución 23/2018), y únicamente de forma excepcional ha admitido tal posibilidad siempre que se respeten los principios de proporcionalidad e igualdad de trato entre los licitadores y con el límite de que ello no conlleve la modificación o negociación de la proposición (ver, en este sentido las Resoluciones 6/2011, 10/2011, 57/2012, 106/2015, 22/2017 y 28/2018). A tal efecto, este OARC / KEAO, ha considerado que, si la finalidad del documento omitido es irrelevante para la adjudicación del contrato o para su correcta ejecución a la vista de las cláusulas contractuales, resulta indiferente que los pliegos hablen expresamente de que su omisión es causa de exclusión, pues ello no impide la subsanación a requerimiento del órgano de contratación (en este sentido, ver las Resoluciones 141/2016 y 30/2018). Consecuentemente, procede analizar la finalidad del documento omitido y la relevancia de su no presentación.

a1) La finalidad del documento omitido

Son diversos los apartados de los pliegos donde figura la obligación de presentar la justificación de la oferta económica. Así, nos la encontramos en el PPT en su cláusula 17 “Documentación a presentar por las empresas ofertantes,” apartado 17.3 “Sobre/Archivo Nº 3: Sobre de Fórmulas”, en la cláusula 8 de la carátula del PCAP, referida a los Criterios evaluables mediante aplicación de fórmulas (Hasta 49 puntos) y en el modelo de oferta económica al Lote 3 que figura como documento anexo IV al PCAP. No obstante, de la lectura de la descripción de los criterios de adjudicación se observa que la justificación no es relevante para la aplicación de los que requieren de la emisión de un juicio de valor, ni para la de aquellos que se aplican de forma automática mediante una fórmula, en los que lo valorable es



la propuesta económica efectuada conforme a un modelo especificado en los pliegos. Tampoco consta que documento debatido tenga alguna función en la acreditación de la solvencia o de los demás aspectos de la aptitud del licitador, ni para probar el cumplimiento de las prescripciones técnicas, ni en ningún otro trámite o cuestión relevante para la selección de la mejor oferta o la ejecución del contrato. Consecuentemente, la relevancia del documento justificativo debatido (y, por lo tanto, de su omisión) en el procedimiento para la correcta valoración de la proposición y su consiguiente adjudicación es nula. En este sentido, no cabe aceptar el argumento expuesto por la entidad adjudicadora en su informe de contestación a la reclamación, que afirma que la función de la justificación es permitir al órgano de contratación apreciar, aunque sea de forma general y panorámica, los componentes que configuran el precio ofertado y las cuestiones que se puedan plantear posteriormente, especialmente que el coste de la mano de obra se encuentre dentro de los parámetros razonables. Pues bien, si la finalidad es la de facilitar la verificación del cumplimiento por el licitador de las obligaciones sociales y laborales, la justificación no la satisface, ya que el PPT (a pesar de que otras cláusulas de los pliegos se remiten a sus especificaciones) no contiene una delimitación del alcance y el contenido de la justificación que haga irregular o inaceptable el documento que no se ajuste a ella; de hecho, de la documentación aportada en el expediente se desprende que las empresas licitadoras han incluido en sus justificaciones conceptos de lo más diversos (por ejemplo, un licitador aporta el coste del total de las horas, a los que añade el coste de vestuario, seguros, gastos financieros, costes de la delegación y beneficio industrial, mientras que otro únicamente señala el número de horas por cada revisión) y metodologías dispares (un licitador aporta el coste de mantenimiento de cada uno de los equipos a mantener, otro aporta el precio hora de la revisión y el tercero el número total de horas a los que adiciona diversos costes indirectos y beneficio industrial), sin haber sido por ello excluida del procedimiento de adjudicación ninguna de ellas.

a2) La relevancia de la no aportación de la justificación junto con la oferta



La justificación solicitada más bien parece obedecer a la voluntad del poder adjudicador de verificar la composición de las ofertas en orden a apreciar su seriedad, es decir, que puede ser normalmente cumplida en sus propios términos y con respeto a los pliegos y a la normativa aplicable, incluida la de carácter social o laboral y los convenios colectivos. La exigencia de una justificación previa de la seriedad de una oferta conculca el espíritu de la Ley 31/2017 y de la DSE en materia de apreciación de las ofertas anormalmente bajas, basado en la previa tramitación de un procedimiento contradictorio (ver, por ejemplo, el apartado 52 de la STJUE, de 27 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640) que no puede sustituirse por otro diferente del legalmente previsto (ver, por ejemplo, las Resoluciones 86/2015 y 129/2017 del OARC / KEAO); de hallarse incurso la oferta en presunción de anormalidad según los parámetros especificados en los pliegos de la licitación, es fundamental que el licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de alegar oportunamente su punto de vista al respecto, ofreciéndosele para ello la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los componentes de su oferta en un momento, que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas, en el que tenga conocimiento no sólo del hecho de que su oferta haya parecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora (ver, en este sentido el apartado 53 de la STJUE de 27 de noviembre de 2001, citada anteriormente). Consecuentemente, no se pueden verificar los componentes de una oferta sospechosa de anormalidad con la justificación aportada junto con la oferta, sino que el inicio del debate contradictorio entre la entidad adjudicadora y el licitador sospechoso, en el que éste debe justificar su oferta, ha de iniciarse con posterioridad a la presentación de las ofertas, una vez abiertas todas las plicas, por lo que el documento omitido tampoco tiene utilidad para este fin.

b) Sobre la regla de exclusión expresada en los pliegos



Las partes han centrado el debate en si la regla de exclusión de la oferta que no contenga la justificación de la oferta económica opera automáticamente o si cabe conceder un plazo de subsanación.

De acuerdo con la doctrina mantenida por este Órgano (ver, por todas, la Resolución 148/2019), el principio de transparencia impone una obligación de que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, apartado 111, asunto C496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Ello exige que los requisitos de fondo y de forma relativos a la participación en la licitación estén definidos claramente por anticipado y que sean hechos públicos, en particular las obligaciones que recaen sobre los licitadores, a fin de que éstos puedan conocer exactamente los imperativos del procedimiento y tener la seguridad de que se aplican los mismos requisitos a todos los participante (ver, en este sentido, la sentencia del TJUE de 9 de febrero de 2006, *La casina y otros*, C-226/04, EU:C:2006:94, apartado 32). En este sentido, el poder adjudicador debe cumplir estrictamente los criterios que él mismo haya establecido (ver, la STJUE de 2 de junio de 2016, C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404, apartado 39 y la jurisprudencia contenida en dicho apartado).

Ponderada esta doctrina con la de la subsanabilidad de la oferta que se ha expresado en el apartado a) de este Fundamento Jurídico Octavo, este OARC / KEAO considera que no procede la exclusión automática de la oferta sin dar la posibilidad de su subsanación por las razones que se expresan a continuación:

- 1) El apartado 3 de la DSE, primero del epígrafe titulado “Selección de los participantes y adjudicación de los contratos” y significativamente titulado



“Principios generales”, establece que Cuando se ponga de manifiesto que la información o documentación presentada por los operadores económicos es incompleta o errónea, o cuando falten documentos específicos, las entidades adjudicadoras, salvo que se disponga otra cosa en el Derecho nacional que dé aplicación a la presente Directiva, podrán pedir a los operadores económicos afectados que presenten, complementen, aclaren o completen la información o documentación pertinente en un plazo adecuado, siempre que dichas peticiones se realicen cumpliendo totalmente los principios de igualdad de trato y transparencia. En el momento de la aprobación de los pliegos del contrato había transcurrido el plazo de transposición de la DSE sin que el legislador la hubiera incorporado expresamente al Ordenamiento nacional, por lo que este Órgano entiende que debe aplicarse al caso el artículo 76.3 de la DSE, dado que se trata de una norma precisa, clara e incondicionada que concede derechos a los licitadores frente a los poderes adjudicadores, y dotada por lo tanto de efecto directo, lo que obliga a las autoridades nacionales (como la entidad adjudicadora y el propio OARC / KEAO) a aplicarla, incluso desplazando, si fuera preciso, las normas de Derecho interno que se le opongan (ver, en relación al efecto directo del artículo 56.3 de la Directiva 24/2014, análoga al artículo 76.3 del DSE, la Resolución 138/2020 de este OARC / KEAO).

- 2) Si bien no es de aplicación al contrato que nos ocupa por razón del momento de su aprobación (ver, en este sentido, el Fundamento jurídico previo de esta Resolución), es oportuno mencionar, por representar la interpretación del legislador del artículo 76.3 de la DSE, el artículo 58.1 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, que transpone a nuestro derecho interno el citado precepto de la siguiente forma Cuando se ponga de manifiesto que la información o documentación presentada por los operadores económicos es incompleta o errónea, o cuando falten documentos específicos, las entidades contratantes, tendrán que pedir a los operadores económicos afectados que presenten, complementen, aclaren o completen la información o documentación pertinente en un plazo de tres días, siempre que dichas peticiones se realicen cumpliendo totalmente los principios de igualdad de trato, transparencia, libre competencia, así como los principios de garantía de unidad de mercado que establece la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. **Es de resaltar**



que esta norma, al igual que su antecedente europeo, contempla la obligación de las entidades contratantes de solicitar un plazo de subsanación incluso cuando el defecto consista en la falta de un documento específico, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos a dicha petición.

- 3) La consecuencia de los dos números anteriores debe ser la de que los operadores económicos tienen derecho a que los defectos de la documentación o información aportada pueda ser susceptible de subsanación en los términos recogidos en el artículo 76.3 de la DSE, con independencia de lo que indiquen los pliegos. Por otro lado, debe señalarse que, en este caso, aunque los documentos contractuales penalizan con la exclusión la no presentación de algún documento exigido, no llegan a prohibir la subsanación, sino que, por el contrario, la prevén, al menos, en el apartado 10.1 del PCAP.
- 4) Todo ello no implica que el licitador afectado (en este caso, el recurrente) tenga un derecho absoluto a exigir un trámite de subsanación para cualquier defecto, sea cual sea su naturaleza, sino que deben analizarse las circunstancias que concurren en cada concreto supuesto (ver la Resolución 138/2020 de este OARC / KEAO). En el que nos ocupa, tal y como se ha puesto en el apartado a) de este Fundamento Jurídico, la omisión del documento no impide que se verifique la composición de la oferta económica, ya que esta operación se debe realizar en cualquier caso para las ofertas sospechosas de anormalidad una vez abiertas todas las plicas y en un debate contradictorio y, por otra parte, no se aprecia que el citado documento sea relevante para la adjudicación o ejecución del contrato.
- 5) No se observa que la subsanación suponga infracción de alguno de los límites que la impiden. En concreto, no existe infracción del principio de inalterabilidad de la oferta económica, ya que el documento omitido no altera ni matiza los precios unitarios y precio total ofertados ni afecta a su



valoración conforme a los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos, por lo que su entrega extemporánea no perjudica al principio de igualdad de trato, ni significa la concesión a la recurrente de una ventaja competitiva que le coloque en una situación más favorable que la de sus competidores. Por el contrario, se considera que es desproporcionada la adopción de una medida como la de la exclusión cuando el principio general del artículo 76.3 de la DSE, aplicable en el momento de la aprobación de los pliegos, es el de la subsanabilidad en los términos especificados en la norma, y a la vista de que la verificación de la composición de las ofertas sospechosas de anormalidad se ha de realizar con posterioridad a la presentación de las ofertas.

c) Conclusión

La conclusión debe ser que el recurso debe ser estimado y su consecuencia la de que se debe anular la adjudicación del Lote 3 y se deben retrotraer las actuaciones al objeto de dar a la recurrente un trámite de subsanación para que proceda a aportar el documento omitido, continuándose el procedimiento de adjudicación a partir de ese momento.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar la reclamación interpuesta por la empresa SEGURMA, S.A. contra la adjudicación y la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato “Servicios de seguridad y vigilancia, Lote 3 Mantenimiento de sistemas de seguridad”, tramitado por Euskotren, anulando el



acto impugnado y ordenando la concesión de un trámite de subsanación en los términos establecidos en el apartado c) del Fundamento Jurídico Octavo de esta Resolución.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko urriaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de octubre de 2020