



EB 2021/130

Resolución 173/2021, de 5 de noviembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa TRAZO ARQUITECTURA, S.L.P. contra el acuerdo de exclusión del contrato “Proyecto y dirección facultativa para la construcción de un edificio Ikerbasque en el campus de Ibaeta”, tramitado por Ikerbasque.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 14 de julio de 2021 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), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa TRAZO ARQUITECTURA, S.L.P. contra el acuerdo de exclusión del contrato “Proyecto y dirección facultativa para la construcción de un edificio Ikerbasque en el campus de Ibaeta”, tramitado por Ikerbasque.

SEGUNDO: El mismo día 14 de julio se remitió el recurso 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 15 de julio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 16 de julio, no se han recibido alegaciones.





II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.A.G.P. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado superen los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El acto formalmente impugnado es el de adjudicación, si bien materialmente es el de exclusión de la recurrente. En cualquier caso, ambos actos pueden ser objeto de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 b) y c) de la LCSP.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Fundación Ikerbasque tiene la condición de poder adjudicador, pero no de administración pública según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) Se considera que las razones por las que el Órgano de contratación ha desestimado la oferta de la recurrente no se ajustan a derecho debido a que se ha acreditado la solvencia económico-financiera de la forma señalada en el punto 7 a) del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP). Los requisitos exigidos en los pliegos no pueden ser modificados, ni interpretados aleatoriamente por el Órgano de contratación mediante aclaraciones posteriores que conculcan la LCSP, máxime cuando las empresas licitadoras han valorado la conveniencia y suficiencia de los medios con los que cuentan para poder presentarse al contrato.
- b) De conformidad con el artículo 101 de la LCSP, que establece las reglas para el cálculo del valor estimado y el artículo 87.3 de la LCSP, la solvencia se calculará en base al valor medio anual del contrato, es decir, dividiendo el importe del contrato entre los años que dure éste y multiplicando la cantidad resultante por 1,5.
- c) Finalmente, solicita que se anule la exclusión por ser discriminatoria y vulnerar los principios de claridad e igualdad exigidos en cualquier procedimiento de contratación pública.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con las siguientes alegaciones:

- a) Los pliegos pueden ser interpretados o aclarados por el órgano de contratación y las aclaraciones, publicadas al comienzo de la licitación electrónica, deben reputarse parte integrante de los pliegos de la contratación.



Incluso el ordenamiento jurídico permitiría, aunque no se trata del presente caso, ir mucho más lejos mediante su rectificación o modificación (se citan las Resoluciones 643/2016, 245/2016 y 30/2014 del TACRC)

b) No se puede discutir ahora, extemporáneamente, el contenido de unas aclaraciones que no fueron recurridas en tiempo y forma en su momento.

c) Del conjunto de toda la información aclaratoria publicada se concluye que la interpretación de IKERBASQUE es razonable y ajustada a derecho. En la plataforma electrónica de contratación se publicó el 19 de abril de 2021 la nota aclaratoria a la CONSULTA 1 manifestando que, en relación con la solvencia económica, el volumen acumulado de negocios del mejor ejercicio debía ser superior a 722.997 euros, información que se volvió a explicitar en la CONSULTA 3 y cualquier empresa interesada en participar en licitaciones es conocedora de que debe prestarse atención a si se produce alguna consulta, aclaración, corrección de errores. En este sentido, la recurrente no fue diligente en el debido seguimiento de la licitación.

d) Prueba del error en el que incurre la recurrente es que, consciente de su error, en el Burofax de 28 de mayo de 2021 cambia de interpretación y sostiene que el volumen de negocios a justificar en el mejor de los tres años es de 289.198,80 €, sin que pueda aceptarse esta interpretación, pues todos los documentos del contrato se refieren siempre a 722.997 €.

e) Conforme a lo dispuesto en el artículo 87.1 de la LCSP, la solvencia económica y financiera deberá acreditarse si se refiere al volumen anual de negocios, referido al mejor ejercicio de los tres últimos disponibles.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Las partes discrepan sobre el alcance de las respuestas de poder adjudicador en relación con consultas efectuadas acerca del requisito de solvencia



económica y financiera exigido. El análisis de esta cuestión debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación y de las respuestas a las consultas que sobre la cuestión debatida han efectuado los licitadores

PCAP

7. PRESENTACIÓN DE LAS PROPOSICIONES

(...)

a) Solvencia económico–financiera:

Declaración del licitador relativa a la cifra global de negocios de los servicios realizados en los tres últimos ejercicios (2018 a 2020) o, en su defecto, desde la fecha de constitución de la sociedad. Solo podrán tomar parte en el concurso aquellas empresas que acrediten en los últimos tres años (2018 a 2020) tener un volumen de negocio acumulado superior a 722.997 euros. Deberá acreditarse mediante declaración responsable, sin perjuicio de que la entidad contratante se reserva la facultad de solicitar la documentación acreditativa e información correspondiente (cuentas anuales, informes de auditoría, etc.) en cualquier fase del procedimiento.

CARÁTULA DEL PCAP

K.- SOLVENCIA.

Los licitadores deberán acreditar su solvencia económico– financiera y técnica por los siguientes medios de acreditación de la solvencia:

a) Solvencia económico–financiera:

- Declaración del licitador relativa a la cifra global de negocios de los servicios realizados en los tres últimos ejercicios (2018 a 2020) o, en su defecto, desde la fecha de constitución de la sociedad. Solo podrán tomar parte en el concurso aquellas empresas que acrediten en los últimos tres años (2018 a 2020) tener un volumen de negocio acumulado superior a 722.997 euros.

Consulta 1

CONSULTA 1.- Se ha suscitado una duda sobre el periodo de solvencia económico-financiera y de solvencia técnica pues en el texto de la letra K de la Carátula existe una contradicción, al señalarse “en los últimos tres años (2015 a 2020)”:

Respuesta:

«En cuanto a la solvencia económico-financiera, el volumen acumulado de negocios del mejor ejercicio debe ser superior a 722.997 euros y se refiere al periodo de 3 (TRES) años (2018, 2019 y 2020). En la Carátula aparece correctamente tanto en número como en letra. En cuanto a la solvencia técnica y la relación de los principales servicios o trabajos similares al objeto del



concurso, el periodo de cómputo es el mismo: 3 (TRES) últimos años. La referencia en número al 2015 es una errata, pues debe poner 2018. Ese periodo se justifica en que la LCSP identifica los periodos de la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica en 3 años (artículos 87.1.a y 90 de la LCSP). Y la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado interpreta que “la voluntad del legislador ha sido retornar a periodos de tiempo más limitados en la acreditación de la solvencia”. Asimismo, el periodo de 3 años aparece en la página 4 de la Carátula, en dos ocasiones, en el informe justificativo de la contratación publicado en el perfil de contratante, etcétera»

Las presentes aclaraciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.3 de la LCSP, se publicarán en el Perfil del Contratante de la FUNDACIÓN al objeto de garantizar la igualdad y la concurrencia, así como la transparencia del proceso.

Consulta 3

CONSULTA 3.- Se ha suscitado una duda sobre el requisito mínimo de solvencia económico-financiera consistente en tener una cifra global de negocios realizados en el mejor de los tres últimos ejercicios superior a 722.997 euros. Concretamente, se consulta si ese requisito puede acreditarse mediante la suma de la facturación de empresas dispuestas a formar una UTE.

Respuesta:

«La letra K de la Carátula expresamente admite esa opción al establecer lo siguiente: “En el caso de empresas que se presenten en UTE, todos los requisitos de solvencia podrán acreditarse de manera acumulada por todos los miembros”»

INFORME JUSTIFICATIVO DE CONTRATACIÓN

6. SOLVENCIA EXIGIDA A LOS LICITADORES. NO EXIGENCIA DE CLASIFICACIÓN A LOS LICITADORES

(...)

En cuanto a la solvencia económica y financiera solicitada, se asegura con tal exigencia que las empresas licitadoras tengan una capacidad mínima para asegurar la realización del objeto del contrato en los términos indicados en los pliegos. El artículo 87.1.a LCSP contempla la posibilidad de que el órgano de contratación exija un volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los 3 últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. Según tal precepto, el volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. En el caso que nos ocupa este órgano de contratación se atiene a ese criterio legal.



A la vista de todo ello las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la discrepancia suscitada son las siguientes.

a) Sobre las consultas y sus respuestas

Es evidente que las respuestas a las consultas 1 y 3 exceden del marco de la mera corrección de errores materiales o de hecho o el de una mera aclaración que no implica una modificación de las reglas de participación en el procedimiento por las siguientes razones:

- 1) La cláusula 7.a) del PCAP y el apartado k) de su carátula establecen como requisito de participación en el procedimiento que las empresas acrediten en los últimos tres años (2018 a 2020) tener un volumen de negocio acumulado superior a 722.997 años. Frente a la literalidad de la exigencia de que el volumen de negocio acumulado se refiera a la suma de tres años, el poder adjudicador, sobre la base de las respuestas a las consultas 1 y 3, añade un requisito, no especificado en las mencionadas cláusulas, que limita el importe del volumen de negocio acumulado a un único ejercicio, el mejor de los tres del cómputo, limitando las condiciones para participar en el procedimiento de adjudicación. No nos encontramos, por consiguiente, ante la corrección de un error material o de hecho (artículo 122.1 de la LCSP), o ante una mera aclaración o interpretación de una regla de participación en el procedimiento, sino ante la alteración del PCAP mediante la introducción de un requisito de participación que es, además, más riguroso que el que se desprende de la redacción inicial de las referidas cláusulas contractuales.
- 2) La Consulta 1 únicamente pretende que se aclare la contradicción observada en el período al que se debe referir la solvencia económico – financiera y técnica que figura en el apartado K de la carátula, si la que figura en letra (tres años) o la que figura en número (2015 - 2020). En este contexto, no puede servir de base para la exclusión de una oferta una información que, además de modificar la literalidad de la cláusula, no es



objeto de la consulta y se inserta de forma indirecta en la información que sirve de contexto a la respuesta que el poder adjudicador efectúa a la consulta formulada. Por su parte, la respuesta formulada a la Consulta 3 se refiere únicamente a la acumulación de la solvencia de las uniones temporales de empresarios. A todo ello se suma que el criterio de selección cualitativo referido a la capacidad económica y financiera del licitador figura en dos cláusulas contractuales (cláusula 7.a) del PCAP y letra K de su carátula), mientras que las Consultas 1 y 3 y sus respectivas respuestas únicamente se refieren a una de ellas (letra K de la carátula).

- 3) Frente a la literalidad de las dos cláusulas contractuales no se puede oponer que la voluntad del poder adjudicador figuraba en el informe justificativo de la licitación publicado, asimismo, en la Plataforma electrónica de contratación. Este documento en ningún caso puede incluirse en el amplio concepto de “pliego de la contratación” definido en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE porque únicamente tiene por finalidad la motivación de las decisiones adoptadas por el poder adjudicador en el procedimiento de adjudicación. Por el contrario, las reglas que han de regir dicho procedimiento, entre las que se encuentran los criterios de solvencia, figuran insertadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (artículo 122.2 de la LCSP), siendo éste el documento al que acuden los licitadores para conocer, entre otras informaciones, la relativa a las condiciones de participación.
 - 4) La consecuencia de lo referido en los apartados anteriores es que las aclaraciones a las consultas extralimitan claramente su función de efectuar una mera aclaración o corrección de errores y sobre la base de ellas se efectúa una modificación de las bases de la licitación, cuyo alcance se analiza en el siguiente apartado.
- b) Sobre la modificación de las condiciones de participación en el procedimiento de adjudicación



El artículo 122.1 de la LCSP establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético y que, en cualquier otro caso, dicha modificación conllevará la retroacción de actuaciones. Como ha manifestado con anterioridad este Órgano (ver la Resolución 97/2020) este precepto no es sino una manifestación de dos principios generales de la contratación pública y del procedimiento de adjudicación, los de publicidad e igualdad de trato y no discriminación (artículos 1.1 y 132.1 de la LCSP y 18.1 de la Directiva 2014/24/UE), que prohíben que los elementos fundamentales del procedimiento (entre los que se halla un criterio de selección cualitativo), en cuya estabilidad confían los operadores económicos, se puedan alterar por el poder adjudicador una vez iniciado éste fuera de los casos legalmente previstos y con el cauce procedimental, la publicidad y las consecuencias legalmente exigidas (ver en este sentido la Resolución 97/2020 del OARC / KEAO). El argumento del poder adjudicador de que el ordenamiento jurídico podría amparar una posible modificación de los pliegos en fase de licitación se refiere a pronunciamientos efectuados con base en el derogado texto refundido de Ley de Contratos del sector Público y decae ante la claridad de las reglas impuestas por los artículos 122 y 124 de la LCSP.

En el presente caso, se han modificado condiciones esenciales de la licitación (criterio de selección cualitativo referido a la capacidad económica o financiera del licitador) sin la debida retroacción de actuaciones para la aprobación de unos nuevos pliegos y su debida publicidad (DOUE y plataforma de contratación), conculcándose los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato, además de lo dispuesto en los artículos 122.1 y 124 de la LCSP. Consecuentemente, el mero transcurso del tiempo sin haber actuado contra la supuesta aclaración, que en realidad disfraza una modificación de los pliegos, o el hecho de que las aclaraciones hayan sido publicadas con tiempo suficiente para la presentación de las ofertas, no son argumentos que puedan ser opuestos a la recurrente, quien confía en que una alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le



ha dado al documento inicial, por lo que no puede entenderse que la recurrente haya consentido la modificación. Además, debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita, en la que se obvia la publicidad adecuada, es susceptible de crear desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas.

c) Sobre la interpretación del requisito de solvencia que efectúa la recurrente

La recurrente pretende que el volumen de negocios mínimo se calcule de la forma señalada en el artículo 87.1 a) de la LCSP. Esta pretensión no puede ser admitida. Téngase en cuenta que una reiteradísima doctrina establece que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes y consentidos una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso, vinculando tanto a los poderes adjudicadores como a los licitadores. Consecuentemente, una vez transcurrido el plazo para interponer el recurso especial sin que la recurrente se haya opuesto a los mismos, no puede prosperar una pretensión que modifica el requisito de solvencia económica exigido inicialmente.

d) Conclusión

La suma de los volúmenes acumulados de negocios de los tres operadores que concurren en UTE en los años 2018, 2019 y 2020 supera el importe requerido (722.997 euros), por lo que el recurso debe ser estimado lo que, en principio, conlleva la retroacción de actuaciones al momento anterior a la exclusión de la oferta para que se proceda a su admisión. No obstante, tal opción no es posible porque ya no cabe la valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor y de los aplicados mediante una fórmula, por lo que debe cancelarse la licitación. Este efecto de la presente resolución no es contrario al principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP), puesto que la cancelación no depende de la petición del recurrente, sino de la propia imposibilidad de una retroacción que respete la configuración legal del procedimiento de adjudicación (artículo 146.2 de la LCSP).



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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa TRAZO ARQUITECTURA, S.L.P. contra el acuerdo de exclusión del contrato “Proyecto y dirección facultativa para la construcción de un edificio Ikerbasque en el campus de Ibaeta”, anulando el acuerdo de adjudicación y cancelando la licitación.

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

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

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas 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, 2021eko azaroaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de noviembre de 2021