



EB 2017/176

Resolución 023/2018, de 8 de febrero de 2018, 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 GIROA, S.A.U. frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento integral de los edificios de gestión unificada del Gobierno Vasco en Donostia-San Sebastián y Bilbao”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 21 de diciembre de 2017 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 GIROA, S.A.U. (en adelante, GIROA) frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento integral de los edificios de gestión unificada del Gobierno Vasco en Donostia-San Sebastián y Bilbao”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El expediente de contratación así como 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 presentaron en el registro del OARC/KEAO el 29 de diciembre.



TERCERO: Por Resolución B-BN 29/2017, de 28 de diciembre de 2017, de este OARC/KEAO, se acordó estimar la petición de la medida provisional solicitada por GIROA y, en consecuencia, acordar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Con fecha 8 de enero de 2018 se ha dado traslado del recurso a las empresas interesadas en el procedimiento de recurso especial, sin que ninguna de ellas se haya personado en el procedimiento.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente consta la representación de don J.I.D. que actúa en nombre de la recurrente así como la legitimación de ésta para interponer el recurso pues se impugna una decisión que impide que pueda optar a la adjudicación del contrato.

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 artículo 40.2 b) del TRLCSP establece que son objeto del recurso especial los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación y, en concreto, los de exclusión de licitadores.

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

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

SEXTO: Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:



a) El motivo de la exclusión se centra en no incluir en el sobre “C” de la oferta, dentro del plan de mantenimiento, el número de horas exigidas en el punto 12 del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT). No obstante, la información correspondiente al número de horas anuales destinadas al mantenimiento preventivo, así como las estimadas para el correctivo y la dedicación en horas anuales, fue determinada en el sobre B, al detallarse los precios unitarios por hora de empleado conforme al modelo que se proporciona en el PPT.

b) La Mesa de contratación ha incumplido el principio anti formalista del procedimiento y el de subsanabilidad de la oferta, pues GIROA ha proporcionado la información exigida en los pliegos, si bien no en el sobre correcto, por entender que se trata de una duplicidad que únicamente podría ser objeto de graduación de la puntuación, pero no de una exclusión y, de proporcionarse esta información en ambos sobres (B y C), podría identificarse claramente a qué licitador pertenece la oferta económica.

c) La Mesa de contratación incumplió con la obligación del art. 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001 (en adelante, RGLCAP), de realizar un requerimiento de subsanación a GIROA, por tratarse de una información aportada en la oferta.

d) Se incumple el principio de proporcionalidad, pues el motivo de exclusión no está previsto en los pliegos así como el de confianza legítima ya que al solicitar la misma información duplicada en dos sobres diferentes (el B y el C), indujo a error a GIROA.

e) La pretensión consiste en la nulidad del acuerdo de exclusión, retro trayéndose las actuaciones al momento anterior a su dictado, para que la recurrente pueda continuar participando en el procedimiento de adjudicación, y en su caso, se anule la exigencia de determinación de las horas anuales para el Plan de mantenimiento que se encuentra duplicada en los sobres C y B por poder comprometer el secreto de las proposiciones.



SÉPTIMO: El poder adjudicador, por su parte, se opone al recurso con la siguiente argumentación:

a) La Mesa de contratación no consideró subsanable la omisión de la citada información por referirse a la oferta contractual y la concesión de un trámite de subsanación podría ofrecer al recurrente la oportunidad para recomponer la oferta *a posteriori*, una vez conocida las ofertas de las demás licitadoras tras la apertura pública de plicas, lo cual vulnera el principio de igualdad de trato debida a todos los licitadores.

b) GIROA incumplió un requisito expresamente exigido en la cláusula 12 del PPT, que configura la asignación de horas a cada tarea como un contenido mínimo obligatorio que las ofertas deben respetar en todo caso. La asignación de horas de dedicación resulta esencial para valorar el propio Plan de Mantenimiento, tanto en su grado de desarrollo como en la adecuación al objeto de la prestación. Su omisión equivale a entender que la proposición no se adecúa al objeto del contrato y la cláusula 22 del PCAP especifica que serán rechazadas las ofertas que incumplan las condiciones o requisitos exigidos en el PCAP o PPT.

c) No existe duplicidad en la exigencia de la misma información. La cláusula 12 del PPT exige que se refleje la asignación de horas anuales a cada tipo de tarea que se prevea en el Plan de Mantenimiento (sobre "C") y el modelo de oferta económica (sobre "B"), que se oferte un precio global anual y que se justifique dicho precio con referencia a cada tipo de personal (propio de presencia permanente, propio de refuerzo, ajeno especializado, responsable de operaciones).

d) Si hubo error por parte de GIROA debería calificarse, en todo caso, de error vencible, por la posibilidad de consulta y aclaración de los pliegos. En licitaciones anteriores de este mismo servicio, en los que el esquema de



presentación de ofertas era similar, la ahora recurrente presentó sus ofertas de forma correcta, sin incurrir en error.

OCTAVO: Se recurre el acuerdo de exclusión de la Mesa de contratación de fecha 21 de noviembre de 2017, que dice lo siguiente:

GIROA SAU en ningún momento indica el número de horas exigidas el punto 12 del Pliego de Prescripciones Técnicas CONTENIDO DE LA OFERTA:

“Los licitadores, en el sobre “C”, han de exponer de manera detallada un Plan de Mantenimiento, ajustándose a las exigencias definidas en el presente pliego. El citado plan ha de reflejar, además de las tareas técnicas, el número de horas anuales destinadas al mantenimiento preventivo, así como las estimadas para el mantenimiento correctivo y la dedicación en horas anuales del responsable de operaciones en la prestación ofertada según puntos 1, 2, 3 y 4 del apartado “7. MEDIOS PERSONALES”.

Es por ello por lo que se considera la propuesta de esta empresa como NO CONFORME.

El contenido del Plan de mantenimiento, que se ha de aportar en el sobre “C Criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor”, se especifica en la cláusula 12 del PPT, en los siguientes términos:

12. CONTENIDO DE LA OFERTA

Los licitadores, en el sobre “C”, han de exponer de manera detallada un Plan de Mantenimiento, ajustándose a las exigencias definidas en el presente pliego. El citado plan ha de reflejar, además de las tareas técnicas, el número de horas anuales destinadas al mantenimiento preventivo, así como las estimadas para el mantenimiento correctivo y la dedicación en horas anuales del responsable de operaciones en la prestación ofertada según puntos 1, 2, 3 y 4 del apartado “7.MEDIOS PERSONALES”.

Si durante la ejecución del contrato el número de horas destinado a mantenimiento correctivo fuera rebasado, las horas de exceso se abonarán conforme a los precios unitarios correspondientes.

(...)

En cuanto a la oferta económica, que habrá de aportarse en el sobre B debe contener:

- El precio alzado que abonará la totalidad del Plan de Mantenimiento en el cual se considerará la dedicación del personal correspondiente a los apartados 7.1., 7.2. y 7.3. y 7.4. asignados conforme a lo descrito en el presente pliego.



- Los precios unitarios por hora de empleado, conforme al modelo, que se aplicarían para las tareas de mantenimiento correctivo a partir del número de horas previstas e incluido en el precio alzado antes referido.

PRECIO MENSUAL (mantenimiento preventivo + horas de mantenimiento correctivo)	_____ €
PRECIO HORA MANTENIMIENTO CORRECTIVO	_____ €

Precio máximo de licitación: 40€/hora (IVA incluido) Las ofertas no podrán superar este precio unitario máximo.

El recurrente, según el mismo reconoce, no aporta en el “Plan de mantenimiento” el número de horas anuales destinadas al mantenimiento preventivo, así como las estimadas para el mantenimiento correctivo y la dedicación en horas anuales del responsable de operaciones. Se trata, por consiguiente, de una oferta imprecisa que, a juicio del poder adjudicador, ha dado lugar a la exclusión de la oferta y, a juicio del recurrente debe dar lugar a su subsanación o a una graduación de la puntuación en el criterio de “Plan de mantenimiento”.

De las resoluciones de este OARC/KEAO que el propio recurrente cita en defensa de su pretensión (115/2014, 49/2015), se desprende que el análisis de la procedencia de la exclusión en el caso de ofertas imprecisas debe partir del examen de la naturaleza del documento o información omitida, la relevancia de su no presentación y las consecuencias de una posible subsanación.

En el supuesto que nos ocupa, el licitador debía aportar en el “Plan de mantenimiento” a incluir en el sobre “C”, entre otras cuestiones, una planificación del servicio objeto del contrato que debía incluir la oferta del número de horas anuales de mantenimiento preventivo, estimación de horas anuales de mantenimiento correctivo y las horas anuales del responsable de operaciones. Por su parte, en el sobre “B Oferta económica y criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas”, debía



ofertar información relativa al número de horas anuales de mantenimiento preventivo/correctivo efectuado por personal propio con presencia permanente, número de horas anuales de mantenimiento preventivo/correctivo con personal propio sin presencia permanente, número de horas anuales de mantenimiento especializado con personal ajeno y número de horas anuales del responsable de las operaciones. En contra de lo alegado por el recurrente, los datos sobre los números de horas a incluir en cada uno de estos sobres, a excepción de la del responsable de operaciones, no se duplican. Si bien son complementarios, no se puede afirmar que son iguales ya que arrojan información diferente sobre la comprensión de lo ofertado. Así, en el sobre “C” se debe incluir un cómputo total de horas anuales destinadas al mantenimiento preventivo y otro cómputo total de horas anuales estimadas de mantenimiento correctivo, mientras que en el sobre “B”, se debe aportar información de las horas anuales según un desglose de los trabajadores que van a intervenir en la prestación del servicio (personal propio de forma permanente, personal propio de forma no permanente y personal de empresas subcontratadas), con independencia de que realicen trabajos de mantenimiento preventivo o correctivo. La oferta del número de horas anuales de mantenimiento correctivo estimado a incluir en el “Plan de mantenimiento”, se configura en los documentos contractuales como una información que, además de ser evaluable conforme a un criterio de adjudicación, es la oferta de uno de los contenidos esenciales del contrato, pues rebasado el número de horas anuales de mantenimiento correctivo propuesto en el sobre “C”, las de exceso se abonan conforme al precio unitario ofertado en el sobre “B”. Es decir, el número anual estimado de horas de mantenimiento correctivo lo oferta el licitador, no figura en ningún documento contractual, y una vez superado el ofertado, da lugar a una remuneración adicional al contratista y correlativamente incrementa el gasto que debe destinar el poder adjudicador a sufragar la obligación contraída. Ello se desprende de lo dispuesto expresamente en la cláusula 12 del PPT al indicar que Si durante la ejecución del contrato el número de horas destinado a mantenimiento correctivo fuera rebasado, las horas de exceso se abonarán conforme a los precios unitarios correspondientes, y del modelo de proposición económica que figura como anexo al PCAP que solicita un precio por el concepto Criterio A.1.2) Precio hora



mantenimiento correctivo (para el nº de horas no incluidas en el Plan de Mantenimiento). Sin este dato, falta uno de los elementos para saber cuál es el contenido concreto de la obligación asumida tanto por el adjudicatario como por el poder adjudicador.

Llegados a este punto, se hace preciso analizar las consecuencias que acarrearía una posible aclaración de la oferta por parte del recurrente. El principio general es el de la imposibilidad de subsanar los errores de la documentación de la oferta técnica o económica y únicamente de forma excepcional este OARC/KEAO 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 oferta (ver, en este sentido Resolución 6/2011, 10/2011, 57/2012, 106/2015, 22/2017). Además, en diversas Resoluciones de este Órgano (ver Resolución 57/2013, 14/2016, 115/2016) se considera que la posibilidad de subsanación contemplada en el artículo 81 del RGLCAP se refiere a la documentación acreditativa de la capacidad y la aptitud para contratar del artículo 146.1 TRLCSP, que no es extensible a los documentos contenidos en los sobres relativos a la oferta técnica y económica.

Partiendo de estos parámetros y concluida la necesidad de realizar una propuesta de horas anuales por mantenimiento preventivo y correctivo y que, en el caso de estas últimas, se trata de una información necesaria y esencial para la configuración del contrato, la posibilidad de aportar esta información en esta fase del procedimiento equivaldría a negociar un elemento esencial del contrato, por dar la posibilidad a uno de los licitadores de poder aportar una información omitida en un principio, que no se deduce del resto de su propuesta, necesaria para saber cuál es su voluntad y, todo ello, una vez conocida la del resto de los licitadores. Consecuentemente, el poder adjudicador actuó correctamente al considerar que no procedía solicitar aclaraciones ni valorar el “Plan de mantenimiento” del recurrente y acordar su exclusión.



Téngase en cuenta que el principio de igualdad de trato (art. 1 del TRLCSP) obliga a que todos los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los competidores (sentencias de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, EU:C:1996:161, apartado 54; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, EU:C:2002:746, apartado 93, y de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 33).

A este respecto, este OARC/KEAO en su Resolución 140/2017 ha manifestado que (...) sólo los licitadores son responsables de los perjuicios derivados de su falta de diligencia en la confección de su proposición, por lo que no pueden exigir al órgano de contratación que les demande subsanación alguna (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10). Esta posición únicamente se ha matizado para los casos en los que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente conocida mediante una aclaración que no suponga, de hecho, rehacer la oferta. La razón última de esta posición se puede encontrar en el principio de secreto de la oferta, que se vería desvirtuado si esta se puede alterar cuando se conocen las de los competidores, así como en los de igualdad de trato y transparencia, que se oponen, en un procedimiento abierto, a la negociación con los licitadores, aunque sea para solicitar supuestas aclaraciones, pues ello implicaría que se pudiera considerar que el poder adjudicador ha negociado una oferta en perjuicio de los no consultados.

Al estar basada la exclusión en la omisión de una información necesaria conocer la voluntad contractual del recurrente sobre uno de los aspectos de la obligación, no es necesario que figure como una causa expresa de exclusión, si bien cabe subsumirla en la que figura en la cláusula 22.h) del PCAP: ofertas que Incumplen las condiciones o requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares o pliego de prescripciones técnicas.

NOVENO: Como pretensión subsidiaria la recurrente solicita la anulación de la exigencia de determinación de las horas anuales para el Plan de mantenimiento que se encuentran duplicadas en los sobres “C” y “B”. Esta pretensión tampoco puede prosperar por extemporánea. Este OARC / KEAO



ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, en este sentido, Resolución 144/2015 y 65/2016) que «Como es bien sabido, una reiteradísima doctrina establece que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser inatacables una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso. Esta doctrina se ha visto confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ), que considera necesario para el efecto útil del recurso especial la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores. La citada doctrina ha sido matizada por esa misma jurisprudencia, que establece, como excepción a la preclusividad del recurso, las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado solo se manifiesta con posterioridad (ver la sentencia “eVigilo”, C-538/13, EU:C:2015:166). Con base en esta excepción, este OARC / KEAO ha aceptado, con ciertas condiciones, la posibilidad de que, a propósito de la impugnación de la exclusión de un licitador o de la adjudicación del contrato se plantee el llamado “recurso indirecto” contra los pliegos, limitándolo a los casos en los que la aplicación de una cláusula de los pliegos permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver la Resolución 129/2015 del OARC / KEAO). Si no se cumple ese requisito básico, debe regir el principio general de que los pliegos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma vinculan a la Administración y a los licitadores. Consecuentemente, aunque la nulidad de los pliegos sea la pretensión principal del recurso, solo cabe su admisión a trámite si la exclusión es ilegal y si, además, tal ilegalidad se deriva de un contenido de los pliegos que ampara la actuación arbitraria del poder adjudicador, cuestiones que este OARC / KEAO debe analizar en primer lugar.»

En los pliegos que nos ocupan no concurren las mencionadas circunstancias. Es más, tal y como ya se ha indicado en el fundamento jurídico octavo de esta resolución, no existe la duplicidad denunciada y, en caso de existir, ello no implicaría revelación del secreto de la oferta, tal y como alega el recurrente, dado que, según se desprende de las cláusulas 18 y 19 del PCAP, la información que figura en el sobre “C Criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor”, se evaluaría primeramente para después evaluar la que figura en el sobre “B Oferta económica y criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas”, dándose cumplimiento de esta manera al art. 150.2 del TRLCSP que dispone la evaluación separada y sucesiva de los diversos tipos de criterios.



No cabe admitir la alegación de que ha sido el propio poder adjudicador el que ha inducido a error a la recurrente, pues teniendo en cuenta que se trata de una empresa que opera normalmente en el mercado prestando sus servicios en actividades como las del objeto del contrato y que ha presentado oferta en ocasiones anteriores a contratos promovidos por el poder adjudicador de características similares al que nos ocupa en cuanto a la presentación de oferta y objeto contractual, la omisión causante de la exclusión únicamente cabe achacársela a su propio actuar.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por GIROA, S.A.U. frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento integral de los edificios de gestión unificada del Gobierno Vasco en Donostia-San Sebastián y Bilbao”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento acordada mediante la Resolución B-BN 29/2017, de 28 de diciembre de 2017, de este OARC/KEAO



TERCERO: 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.

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, 2018ko otsailaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de febrero de 2018