



EB 2012/004

Resolución 61/2012, de 20 de julio de 21012, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por OARSOALDEA, S.A. contra la Resolución de 29 de diciembre de 2011 del Director General de Lanbide –Servicio Vasco de Empleo a través del cual se excluye la oferta presentada por el recurrente al lote 5 del contrato de servicios de “Ejecución de 9 planes comarcales de empleo mediante procesos integrales de inserción laboral con personas desempleadas”

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 2 de noviembre de 2011 el Director General de Lanbide-Servicio Público de Empleo (en lo sucesivo, Lanbide) resolvió aprobar el expediente de contratación, el gasto, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Bases Técnicas y ordenar la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de «Ejecución de 9 planes comarcales de empleo mediante procesos integrales de inserción laboral con personas desempleadas» cuyo objeto se dividió en 9 lotes.

SEGUNDO: Dentro del plazo establecido en el anuncio de licitación, que se publicó en el BOPV. nº 219 de 18 de noviembre de 2011, presentaron oferta al lote 5 - Oarsoaldea- los siguientes licitadores:

- FUNDACION FONDO Y FORMACION
- TALLERES PROTEGIDOS GUREAK, S.A.
- OARSOALDEA, S.A.

TERCERO: En sesión celebrada el 28 de noviembre de 2011, la Mesa de Contratación, procedió a la calificación de la documentación presentada por TALLERES PROTEGIDOS GUREAK, S.A. y OARSOALDEA, S.A. para acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia exigidas para contratar el lote 5.

En relación a los documentos presentados por OARSOALDEA, S.A., la mesa de contratación consideró que no aportó solvencia técnica y profesional suficiente y, en consecuencia, con fecha 30 de noviembre de 2011, el secretario de la mesa de contratación remitió un requerimiento instándole a subsanar los defectos detectados, con el siguiente contenido:



«No se han aportado solvencia técnica y profesional suficiente, en cuanto que solo se aporta una declaración en la que se menciona la realización de un solo Proyecto de Recolocación, no acompañándolo de documentación alguna que lo avale (resolución, certificado...). A ello hay que añadir que se exige un mínimo de de dos Proyectos de Recolocación o dos Planes Experimentales de Empleo. Deberá aportarse la resolución, certificado o documentación que acredite la realización del Proyecto de Recolocación citado, además de documentación que avale la realización de un segundo Proyecto de Recolocación o de dos Planes Experimentales de Empleo.»

En sesión celebrada el 30 de noviembre de 2011, la Mesa de Contratación, procedió a la calificación de la documentación presentada por FUNDACION FONDO Y FORMACION y advirtió el defecto de no haber aportado solvencia económica financiera suficiente. Según se hace constar en el acta correspondiente «el presidente de la mesa requiere para que se proceda a comunicar el defecto cuando haya finalizado la sesión, dándosele 3 días hábiles para solventar dichos defectos».

El 30 de noviembre de 2011, el secretario de la mesa de contratación remitió a FUNDACION FONDO Y FORMACION la comunicación que se reproduce a continuación:

«No se han aportado solvencia económica y financiera suficiente, en cuanto que al presentarse la FUNDACION FONDO Y FORMACION a nueve lotes con un presupuesto máximo entre los nueve de 3.600.000 euros se deberá acreditar un volumen de negocio medio en las últimas tres anualidades por importe igual o superior al citado, y solo se declara una cifra de volumen de negocio medio de 1.485.595 euros, lo que imposibilitaría presentarse a los nueve lotes. De esta manera FUNDACION FONDO Y FORMACION deberá indicar a que lotes se presenta y a que lotes renuncia, atendiendo a su solvencia económica-financiera.»

En ambos requerimientos se indica que el plazo de aportación de documentos finaliza el 5 de diciembre de 2011 a las 13:00 y que la presentación se ha de efectuar en la Secretaria de la Mesa de Contratación de Lanbide sita en C/ José Atxotegi, 1 de Vitoria-Gasteiz.

Según consta en las actuaciones que forman parte del expediente, FUNDACION FONDO Y FORMACION presentó escrito comunicando su voluntad de renunciar a la licitación de los lotes 2, 6, 7, 8 y 9 en el Registro Auxiliar de Gran Vía, 85 Bilbao (nº registro de entrada 992348) el día 5 de diciembre de 2012. Este documento se presentó en Registro General de Lanbide el día 12 de diciembre de 2011 (nº registro de entrada 23923).

En respuesta al requerimiento formulado por la mesa de contratación, OARSOALDEA, S.A. presentó numerosas resoluciones, dictadas por los organismos y Administraciones Públicas que se citan a continuación, acordando conceder las siguientes subvenciones:



- Año 2009:
 - Departamento de Empleo y Asuntos Sociales: 6 para acciones formativas para la mejora de la ocupabilidad y promoción de la inserción laboral, 4 para contrataciones dentro del programa Auzolan
 - INEM (acciones formativas dirigidas prioritariamente a desempleados): 14
- Año 2010:
 - Departamento de Empleo y Asuntos Sociales: 9 para acciones formativas para la mejora de la ocupabilidad y promoción de la inserción laboral, 1 para programa de acompañamiento a la inclusión social, 1 para apoyo a la contratación de desempleados y perceptores de RGI
 - Lanbide: 1 para apoyo a la contratación de desempleados y perceptores de RGI
 - INEM (acciones formativas dirigidas prioritariamente a desempleados): 9
- Año 2011:
 - Departamento de Empleo y Asuntos Sociales: 3 para acciones formativas para la mejora de la ocupabilidad y promoción de la inserción laboral
 - Lanbide: 11 para acciones formativas para la mejora de la ocupabilidad y promoción de la inserción laboral, 1 para acciones y servicios de orientación para el empleo y 1 para apoyo a la contratación de desempleados y perceptores de RGI

No existe constancia en el expediente de la hora, día y lugar en que se efectuó la presentación.

CUARTO: En la sesión celebrada a las 12:00 horas del 5 de diciembre de 2011, la Mesa de contratación, procedió a la apertura de las partes de la oferta cuya evaluación exige efectuar un juicio de valor de todos los licitadores que habían presentado oferta al lote 5.

Según consta en el acta correspondiente –que se ha aportado de manera incompleta– el secretario de la mesa informó que las empresas TALLERES PROTEGIDOS GUREAK, S.A. y OARSOALDEA, S.A. disponían de plazo para subsanar hasta las 17:00 de ese mismo día, lo cual se contradice con el plazo que figura en los requerimientos de subsanación que forman parte del expediente –en los que explícitamente se indica las 13:00– y, pese a no haberse determinado previamente qué licitadores habían resultado admitidos y cuáles excluidos, se abrieron las ofertas.



Efectuada la apertura, el Presidente advirtió que la valoración de las ofertas presentadas por TALLERES PROTEGIDOS GUREAK, S.A. y OARSOALDEA, S.A se condicionaba a la efectiva subsanación de los defectos apreciados por la mesa de contratación.

QUINTO: En la sesión celebrada el 7 de diciembre de 2011, la Mesa propuso «excluir de la licitación a TALLERES PROTEGIDOS GUREAK, S.A. y OARSOALDEA, S.A por no subsanar los defectos inicialmente advertidos al no aportar documentación suficiente».

SEXTO: Mediante Resolución de 29 de diciembre de 2011 del Director General de Lanbide se acordó excluir de la licitación del lote 5 a OARSOALDEA, S.A. y TALLERES PROTEGIDOS GUREAK, S.A. y adjudicarlo a FUNDACION FONDO Y FORMACION.

La notificación de la resolución se remitió a los interesados el 30 de diciembre de 2011 a través correo certificado.

SÉPTIMO: El 13 de enero de 2012 OARSOALDEA, S.A, anunció al órgano de contratación su intención de interponer recurso especial en materia de contratación frente a la citada resolución.

OCTAVO: El 18 de enero de 2012, FERNANDO NEBREDIA DIAZ DE ESPADA, actuando en representación de OARSOALDEA, S.A., presentó, en el Registro General de LANBIDE, recurso especial en materia de contratación frente la Resolución de 29 de diciembre de 2011.

NOVENO: Con fecha 20 de enero de 2012, Lanbide dio traslado del escrito de interposición del recurso (nº de registro de entrada 63254) al Órgano Administrativo de Resolución de Recursos acompañado de copia del expediente e informe jurídico emitido por el asesor jurídico de la Mesa de Contratación de Lanbide en el que, además, se solicita el levantamiento de la suspensión del procedimiento en lo que respecta a los lotes que no son objeto de impugnación.

DÉCIMO: El día 26 de enero de 2012, el OARC/KEAO remitió a los interesados en el procedimiento copia del recurso otorgando un plazo de 5 días hábiles para formular las alegaciones oportunas.

Transcurrido el plazo señalado ninguno de los interesados ha presentado alegaciones.



UNDÉCIMO: El 30 de enero de 2012, el OARC/KEAO acordó levantar la suspensión del procedimiento en lo que respecta a los lotes que no son objeto de impugnación y lo notificó a los interesados.

DUODÉCIMO: Finalmente, el OARC/KEAO requirió al órgano de contratación para que remitiera la documentación aportada por el recurrente en fase de subsanación así como las ofertas presentadas al lote 5.

En respuesta a este requerimiento Lanbide remitió las ofertas presentadas al lote 5 previa apertura de los sobres que las contenían.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Queda acreditada en el expediente la legitimación de OARSOALDEA, S.A. para interponer recurso especial y la representación del compareciente para actuar en representación de la recurrente, de conformidad con lo previsto en los artículos 312 y 314. 4. a) Ley de Contratos del Sector Público, en lo sucesivo, LCSP.

SEGUNDO: El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación del contrato, concretamente del lote 5, debido a que en la misma el órgano de contratación acuerda la exclusión de la licitación del recurrente.

Se plantea la cuestión de cual es el acto susceptible de ser recurrido y el momento en que se ha de efectuar el recurso pues el operador económico recurrente no tuvo oportunidad de conocer el acuerdo que determinó la imposibilidad de continuar en el procedimiento en el momento en que, por la vía de los hechos, comenzó a surtir efectos y que, tal y como queda acreditado en el expediente, se produjo en el momento en que la mesa de contratación propuso su exclusión y, por ende, no pudo ejercitar el derecho a impugnarlo en el momento oportuno.

A este respecto, el Tribunal central de Recursos Contractuales ha tenido ocasión de pronunciarse en resoluciones anteriores, por todas la 274/2011, en la que se afirma que

«Respecto de los actos de exclusión acordados por la mesa de contratación, el artículo 310.2.b) de la LCSP incluye expresamente entre los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación *“los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”*.



Por su parte el artículo 314.2.b) de la LCSP, al regular el plazo de interposición del recurso especial establece que *“Cuando el recurso se interponga con actos de trámite -entre los que se incluye la exclusión del procedimiento- adoptados en el procedimiento de adjudicación (...) el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”*.

De acuerdo con lo anterior el cómputo del plazo para la interposición del recurso especial se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que el licitador haya tenido conocimiento de su exclusión. Por tanto, para este supuesto concreto, la LCSP prevé, pero no impone, expresamente la posibilidad de una notificación individual al licitador excluido del procedimiento que le permita tener conocimiento de su exclusión.

Si embargo, el artículo 135.4 de la LCSP admite también la notificación de la exclusión con el acuerdo de adjudicación al señalar que *“La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos: (...) b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.”*

Por tanto, a diferencia del supuesto anterior, el artículo 135.4 de la LCSP impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos.

En consecuencia, la LCSP permite dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado, que podrá interponerse a partir del día siguiente a aquel en el que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción, y el recurso especial contra el acto de adjudicación, que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique la adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 314.2 de la LCSP. Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario, de manera que en el supuesto que la mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, éste podrá impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación, supuesto éste aplicable al expediente ahora impugnado».

De conformidad con lo anterior y, habida cuenta de que el acuerdo de exclusión se ha adoptado en el seno del procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es de 3.600.000 euros, se ha de concluir que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en los artículos 310.1 b) y 310.2 b) de la LCSP.

En relación al plazo de presentación del recurso se ha de precisar que, pese a que formalmente el acto recurrido es la resolución de adjudicación del contrato, lo que sustancialmente se impugna es el acuerdo de exclusión del recurrente y por lo tanto el momento que determina el inicio del transcurso del plazo de interposición del recurso es el que dispone el art. 314.2 b) LCSP, esto es, la fecha en el recurrente recibió la notificación de la resolución.



Aunque no se ha incorporado al expediente el justificante que acredita el momento en que el recurrente tuvo conocimiento del acto, si que consta que la remisión de la notificación se practicó el 30 de diciembre de 2011. En consecuencia, y habida cuenta de que el recurso se presentó, en el registro del órgano de contratación, el 18 de enero de 2012, queda perfectamente acreditado el cumplimiento del plazo legalmente establecido.

TERCERO: En cuanto al marco jurídico del contrato, se ha de señalar que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 3/2011, de 13 de octubre, sobre Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, que entró en vigor el 3/11/2011, y en el art. 3.1 c) LCSP, el acto impugnado ha sido dictado por una entidad que reúne la condición de Administración Pública y que, en consecuencia, el contrato presenta carácter administrativo y su régimen jurídico es el previsto en el artículo 19 de la LCSP.

CUARTO: El recurrente solicita que se acuerde declarar disconforme a derecho la resolución de adjudicación del contrato y que se ordene retrotraer las actuaciones de manera que se considere acreditada su solvencia técnica y profesional en base a los siguientes motivos: (i) ausencia de motivación, (ii) infracción de la cláusula contractual que establece los requisitos de solvencia cuyo cumplimiento han de acreditar los licitadores, (iii) infracción del principio general con arreglo al cual han de actuar las administraciones públicas que es el de servir con objetividad a los intereses generales.

QUINTO: El primero de los motivos de impugnación aducidos por el operador económico recurrente se refiere a la ausencia de motivación y, a tal efecto, se basa en lo dispuesto en el artículo 54.1 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 5 de noviembre de 1986 y STS de 31 de octubre de 1991). A este motivo de impugnación opone el poder adjudicador que, del tenor del escrito de recurso se deduce que el recurrente conoce los motivos de la exclusión puesto que en ellos fundamenta sus alegaciones y que el recurrente reconoce haber sido informado telefónicamente de la documentación que la mesa de contratación considera exigible para admitir su oferta.

En primer lugar, procede analizar el procedimiento para verificar si se ha producido indefensión derivada de la falta de motivación. Según consta en el acta de la Mesa de contratación de Lanbide correspondiente a su sesión de fecha 28 de noviembre de 2011, constituida al objeto de calificar la documentación aportada en orden a acreditar la capacidad para contratar y la solvencia económica y financiera y técnica o profesional de los licitadores, el órgano colegiado apreció en lo que respecta a la entidad OARSOALDEA, S.A. que «no aporta solvencia técnica y profesional suficiente».



Una vez adoptado el Acuerdo, Lanbide, mediante correo electrónico de 30 de noviembre de 2011, efectuó la siguiente comunicación a OARSOALDEA, S.A.

«Examinada por la Mesa de Contratación del Organismo Autónomo la documentación obrante en el Sobre A presentado por Oarsoaldea, S.A. en el expediente de contratación que tiene por objeto la “Ejecución de 9 planes comarcales de empleo mediante procesos integrales de inserción laboral con personas desempleadas”, se les comunica que se ha observado el siguiente defecto subsanable en dicha documentación:

No se ha aportado Solvencia técnica y profesional suficiente, en cuanto que solo se aporta una declaración en la que se menciona la realización de un solo Proyecto de Recolocación, no acompañándolo de la documentación alguna que lo avale (resolución, certificado, ...). A ello hay que añadir que se exige un mínimo de dos Proyectos de Recolocación o dos Planes Experimentales de Empleo. Deberá aportarse la resolución, certificado o documentación que acredite la realización del Proyecto de Recolocación citado, además de documentación que avale la realización de un segundo proyecto de Recolocación o de dos Planes Experimentales de Empleo».

En la siguiente sesión de fecha 7 de diciembre de 2011 la mesa de contratación «propone excluir de la licitación a las empresas Talleres protegidos Gureak, Gizakide y Oarsoaldea por no subsanar los defectos inicialmente advertidos al no aportar documentación suficiente». Se ha de reseñar que en el acta de la sesión no consta que ésta fuera pública y tampoco la asistencia de ningún representante de las empresas interesadas. Por otro lado, este acuerdo de exclusión no fue objeto de notificación a la empresa interesada.

En el apartado primero de la parte dispositiva de la Resolución de 29 de diciembre de 2011 del Director General de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo que adjudica el contrato de referencia, se acuerda excluir de la licitación a OARSOALDEA, siendo este acuerdo notificado al operador económico el 30 de diciembre de 2011. La referencia que realiza este acuerdo a las razones que motivan la exclusión se halla en el apartado cuarto de su parte expositiva donde se señala que:

«RESULTANDO que en sesión celebrada el día 28 de noviembre de 2011, se procedió a la apertura de los sobres “A”, que contenían la documentación jurídico administrativa de los licitadores, certificándose dicha apertura por el secretario y la existencia y contenido de los documentos con los representantes de la Mesa y por el Sr. Presidente fueron comprobados por si dicha documentación no se ajustaba a lo solicitado en la carátula y pliegos de cláusulas administrativas, resultando la existencia de deficiencias subsanables por parte de las ofertas presentadas por “GIZAKIDE”, “TALLERES PROTEGIDOS GUREAK”, “EHNE BIZKAIA”, “OARSOALDEA” y “FUNDACIÓN DE TRABAJADORES DE LA SIDERURGIA INTEGRAL”. Habiéndose requerido a las empresas citadas a fin de que procedieran a la subsanación de las deficiencias detectadas, proceden a la oportuna subsanación dentro del plazo de 3 días hábiles concedido, “EHNE BIZKAIA” Y “FUNDACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE LA SIDERURGIA INTEGRAL”».

El artículo 135.4 de la LCSP establece que:



4. La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos:

- a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.
- b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.
- c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

Resulta evidente que el acto recurrido no expresa un razonamiento suficiente para que el operador económico recurrente tenga el debido conocimiento de los motivos que han ocasionado su exclusión del procedimiento de licitación para que pueda defender sus derechos e intereses y, debemos insistir, esta es una obligación que por imperativo de la CE y de la LCSP le corresponde al poder adjudicador.

El poder adjudicador en su informe señala que «A instancia del Presidente de la Mesa de Contratación, el Secretario de la misma procedió a remitir correo electrónico anunciando a la hoy recurrente el defecto advertido por la Mesa de Contratación requiriendo a Oarsoaldea a la subsanación de la misma mediante la aportación de la documentación que en la misma se recoge. Asimismo, la propia recurrente reconoce haber mantenido conversación telefónica con el responsable del Área de Desarrollo Local de Lanbide (Cuarto Fundamento de derecho), en el que comunica la documentación concreta que se debe aportar, procediendo la recurrente a la aportación de la documentación oportuna».

A este respecto, este órgano resolutorio no puede más que recordar al poder adjudicador su obligación de respetar el procedimiento establecido en la LCSP y en la LRJPAC y el respeto a las garantías constitucionales. El requerimiento de determinada documentación no puede ser equiparado a la motivación como tampoco puede ser equiparado a la notificación la comunicación telefónica.

El operador económico recurrente ha basado su recurso (fundamento jurídico quinto, punto dos) en que si las razones de la exclusión residen en el hecho de que el poder adjudicador considera que los programas de empleo deben haber sido necesariamente subvencionados por el SEPE, se está incurriendo en una interpretación correctora del PCAP, y a este motivo de recurso, el poder adjudicador opone en su informe que «Con ello se puede concluir que la recurrente desde un primer momento conoce los motivos de su exclusión, en cuanto que conoce la documentación que desde Lanbide se requiere, discutiendo incluso en el punto dos del Quinto Fundamento Jurídico del Recurso, la exigencia por parte de Lanbide de la procedencia solo de los planes que hubieran sido subvencionados por el Servicio Estatal Público de Empleo. Con



ello está indicando que es perfectamente conocedora de los motivos de exclusión, esto es el no haber aportado los planes experimentales que entiende la recurrente que no deben entenderse que son los únicos que se pueden aportar».

Sobre la falta de motivación traemos a colación el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 1990 (RJ 3576), que en su Fundamento Jurídico Segundo afirma que:

No obstante puede añadirse que esta Sala ha declarado reiteradamente que independientemente de que la motivación cumpla la función de orden interno de asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, en el terreno formal -exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- constituye una garantía para el administrado que así podrá impugnar el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda. La falta de motivación o la motivación defectuosa pueden integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante: el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado -art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708).

Del contenido del recurso así como de las consideraciones vertidas por el poder adjudicador en su informe al recurso se evidencia que el operador económico recurrente conoce las razones por las que ha sido excluido del procedimiento de licitación de lo que se deriva que no ha existido ignorancia sobre los motivos que fundan la actuación administrativa. Ahora bien, se debe dejar claro que el no hacer constar los motivos de la exclusión de la licitación en este supuesto es una irregularidad en la que el poder adjudicador no tendría que haber incurrido en un aspecto tan esencial como el que afecta a la indefensión de los interesados en el procedimiento y que, en otro contrato en el que concurren otras circunstancias, puede dar lugar a un vicio de anulabilidad.

SEXTO: El segundo motivo de impugnación se refiere a la infracción de la cláusula contractual que establece los requisitos de solvencia cuyo cumplimiento han de acreditar los licitadores. A este respecto, alega que ha presentado abundante documentación justificativa para acreditar el cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica que establece la 29.2 de la carátula del PCAP en relación al requisito de solvencia técnica: haber ejecutado 2 planes experimentales en materia de empleo o dos proyectos de recolocación en los últimos 4 años, argumenta que, si las razones de la exclusión residen en el hecho de que el poder adjudicador considera que los programas de empleo deben haber sido necesariamente subvencionados por el SEPE, se está incurriendo en una interpretación correctora del PCAP (cita la STS de 18 de mayo de 2004 y los informes de la JCCA números 2/2010 y 4/1997) y señala que pese a que la cláusula que regula los requisitos de solvencia es clara, si la misma advirtiera diversas interpretaciones, no puede



aplicarse una interpretación que favorezca a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad y, finalmente, considera que la interpretación de la cláusula vulnera el principio de mayor concurrencia.

El poder adjudicador opone en su informe que cuando se afirma en el pliego que se requiere para la acreditación de la solvencia técnica o profesional la aportación de dos planes experimentales de empleo no cabe sino interpretar que los planes experimentales de empleo son los subvencionados por el SEPE, en cuanto que todo lo que se salga de este punto no se puede considerar plan experimental de empleo.

Analizadas cuales son las posiciones de las partes con respecto a este motivo de impugnación se desprende que el fondo del asunto consiste en la interpretación del alcance del concepto de “plan experimental” al que se refiere el punto 29.2 de la carátula del PCAP que rige el contrato. El poder adjudicador considera que la justificación de la experiencia exigida en relación a la realización de planes experimentales en materia de empleo únicamente la pueden efectuar las entidades que hayan sido beneficiarias de alguna de las ayudas reguladas en la Orden TAS/2643/2003, de 18 de septiembre, por la que se regulan las bases para la concesión de subvenciones para la puesta en práctica de programas experimentales en materia de empleo. Por el contrario, el operador económico recurrente considera que se está efectuando una interpretación correctora del PCAP y restrictiva en cuanto al principio de congruencia.

El punto 29.2 de la carátula del PCAP en relación con los requisitos de solvencia técnica y profesional exigidos dice así:

- Solvencia técnica y profesional

Se deberá acreditar haber realizado en los últimos cuatro años de al menos, dos planes experimentales en materia de empleo en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco o dos proyectos de recolocación en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco».

La cláusula de solvencia exige experiencia en dos planes experimentales o en dos proyectos de recolocación, de forma alternativa. Como primera conclusión cabe indicar que la solvencia técnica o profesional no se acredita únicamente mediante la ejecución de planes experimentales.

La interpretación que efectúa el órgano de contratación de esta cláusula es evidentemente correctora, pues la Orden TAS/2643/2003, de 18 de septiembre regula las bases de unas ayudas públicas para la realización de «programas experimentales de empleo» pero no es una norma sustantiva que defina estos programas experimentales por lo que se pueden haber ejecutado programas o planes experimentales que no hayan sido subvencionados al amparo de esta Orden TAS/2643/2003, de 18 de septiembre. Pero es que la cláusula de solvencia no limita ésta a los perceptores de una ayuda en concreto, que por



otro lado sería una exigencia que pudiera contravenir otros principios como el de concurrencia y proporcionalidad, sino que admite que dicha experiencia pueda ser acreditada de cualquier otra forma y, además, no limita la exigencia de experiencia únicamente a los planes experimentales sino que alternativamente, también se puede acreditar mediante la experiencia en proyectos de recolocación.

Según reiterada jurisprudencia del TJUE, el órgano de contratación ha de respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores y, en consecuencia, la igualdad de oportunidades de todos los licitadores (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 [TJCE 2004, 125] , Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, apartado 108; véanse también, en este sentido, las sentencias del Tribunal General de 12 de julio de 2007, Evropaiki Dynamiki/Comisión, T-250/05, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada, y de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, apartado 122). Estima dicha jurisprudencia que una competencia no falseada, como la prevista por el Tratado, tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos.

El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001 [TJCE 2001, 284] , SIAC Construction, C-19/00, apartado 34, y de 12 de diciembre de 2002 [TJCE 2002, 369] , Universale-Bau y otros, C-470/99, apartado 93).

También resulta de la jurisprudencia que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002 [TJCE 2002, 202], HI, C-92/00, apartado 45, y Universale-Bau y otros [TJCE 2002, 369], C-470/99, apartado 91).

Este principio de transparencia tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica 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 (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta [TJCE 2004, 125], C-496/99 P, apartado 111).

Se ha de recordar que el margen de discrecionalidad dentro del cual puede actuar el órgano de contratación al momento de determinar esos requisitos se



encuentra delimitado por las siguientes previsiones legales: los requisitos deben encontrarse vinculados al objeto del contrato y guardar la debida proporcionalidad con este (art. 51.2 LCSP) y los medios para acreditar su cumplimiento deben estar previstos en la LCSP (art. 67 LCSP para contratos de servicios). Ello conduce a concluir que, cualquier interpretación que resulte necesario efectuar al respecto también debe sujetarse a los límites citados.

Tal y como ha dictaminado la jurisprudencia (STJCE 24/1/2008, C-532/06), los principios de contratación pública exigen que la definición del perfil del operador capaz de ejecutar el contrato se efectúe de una manera proporcional en relación con el objeto del mismo. La proporcionalidad en la fijación del umbral mínimo de solvencia constituye una garantía para impedir que se cierre la competencia a empresas con capacidad suficiente para ejecutar correctamente el contrato pero que no llegan a los niveles excesivos que el órgano de contratación puede considerar deseables.

Resulta evidente que la interpretación de que los planes o programas experimentales de empleo que no han sido subvencionados al amparo de la Orden TAS/2643/2003, de 18 de septiembre, no pueden admitirse como requisito de solvencia pese a incluir actuaciones iguales o similares a las que determina la citada Orden, se opone radicalmente a los límites que fija el art. 51.2 LCSP.

Sentada la base de que la interpretación que realiza el poder adjudicador del contenido del punto 29.2 del PCAP es correctora este órgano resolutorio considera que, asimismo, reduce de manera sustancial y evidente la concurrencia en la medida en que impide ejecutar el contrato a todos aquellos operadores económicos que, pese a haber elaborado planes experimentales de empleo o proyectos de recolocación, no hayan recibido subvenciones del SEPE.

A este respecto se ha de recordar que en relación a las medidas que puedan obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de Unión Europea, tanto la Comisión como el TSJE han dictaminado que deben reunir cuatro requisitos: deben aplicarse de manera no discriminatoria, estar justificadas por razones imperiosas de interés general, ser adecuadas para la realización del objetivo que persiguen y no ir mas allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véase, por ejemplo, sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, apartado 37)

La actuación de mesa de contratación conculca las libertades que reconoce el Tratado de la Unión Europea puesto que ni precisa las razones de interés general a que responde su interpretación ni justifica la adecuación de la misma a los objetivos que persigue.

Por todas estas razones, la interpretación que efectúa el poder adjudicador de esta cláusula no puede prosperar.



SÉPTIMO: Concluido que los motivos en los que se basa la no admisión de la propuesta contractual de OARSOALDEA, S.A. no se ajustan a los requisitos de solvencia que figuran en el PCAP, procede analizar si el operador económico recurrente goza de la citada solvencia.

A este respecto, se recuerda que los requisitos de solvencia que deba reunir el empresario tienen que estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo y, además, en el supuesto que nos ocupa el contrato demanda el «Desarrollo de procesos integrales de inserción laboral con personas desempleadas, en zonas deprimidas con altas tasas de paro. Los procesos de inserción laboral combinarán actuaciones de diferente naturaleza, tales como, información, orientación y asesoramiento, formación, intermediación, práctica laboral y cualquier otra que favorezca la inserción laboral de las personas desempleadas que acceden al plan».

El poder adjudicador en su comunicación de fecha 30 de noviembre de 2011, por medio de la que solicita la subsanación de la documentación presentada en orden a acreditar la solvencia técnica o profesional, solicitaba del licitador la acreditación de un plan experimental alegado pero no acreditado, si bien la comunicación de Lanbide no identifica dicho proyecto, así como la acreditación de la realización de un proyecto de recolocación y solicitaba la documentación que avalara la realización de un segundo proyecto de recolocación o de dos planes experimentales de empleo.

En fase de subsanación, el operador económico recurrente presenta una copia del convenio suscrito, por una parte, entre Bahía de Pasaia Badia Berri, S.A. y, de otra parte, el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián y OARSOALDEA, S.A., éste último junto a representantes de sus socios que son el Ayuntamiento de Errenteria, el Ayuntamiento de Pasaia y el Ayuntamiento de Lezo, siendo objeto del convenio la delegación por parte de la Agencia Urban Bahía de Pasaia en los referidos ayuntamientos y en la entidad OARSOALDEA, S.A. del desarrollo de los proyectos a ejecutar en el ámbito de los Ejes y Medidas del PIC URBAN II cuyo objeto es desarrollar actuaciones «en materia de renovación urbana, emprendedores y empleo, integración social, movilidad, calidad ambiental, infraestructuras y gobierno urbano; y, en general, desarrollar todo tipo de actuaciones destinadas a la renovación integral urbana y a la mejora de la calidad ambiental y socioeconómica del territorio»

Asimismo, en fase de subsanación el operador económico recurrente, entre otras justificaciones, aporta haber sido beneficiario de ayudas del Programa Auzolan para la Inserción Laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión en los años 2007, 2008, 2009. Estas ayudas se hallan reguladas por el Decreto 199/2002, de 30 de julio, por el que se articula el Programa AUZOLAN, para la Inserción Laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión, cuyo artículo 3 dispone lo siguiente:



Artículo 3.– Acciones subvencionables.

1.– Serán subvencionables aquellos proyectos que contemplen todas y cada una de las siguientes acciones:

a) Formación inicial: Acciones de formación en hábitos socio-personales y habilidades sociales relacionados con la ocupación laboral, con una duración mínima de 20 horas y una duración máxima de 30 horas, en procesos grupales. Esta formación se desarrollará con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo.

b) Contratos de trabajo, que cumplan con los siguientes requisitos:

- Los contratos realizados en ningún caso podrán suponer cobertura de actividades normales o sustitución de personal al servicio de las tareas habituales de la entidad oferente del empleo.

- Serán contratos laborales.

- Duración: por un periodo de 6 meses de duración a tiempo parcial, de 30 horas semanales, incluida la Formación de apoyo, el Balance de competencias y el Programa de Inserción Laboral, tal y como quedan recogidos en los apartados c) y e) de este artículo.

- Retribución salarial: El contrato de trabajo aplicará el salario mínimo interprofesional en la parte que corresponda por la dedicación parcial.

- Funciones a desarrollar en el puesto de trabajo: los contenidos del puesto de trabajo tienen que estar necesariamente vinculados con el concepto de empleo de utilidad social definido en el artículo 1.4 del presente Decreto.

c) Formación de apoyo: acciones individuales de refuerzo personal en hábitos socio-personales y desarrollo de habilidades sociales relacionados con la ocupación laboral, a razón de una media de 1 hora semanal durante la fase que dure la contratación. La distribución horaria de dichas acciones se realizará de forma flexible.

d) Formación Ocupacional: acciones de cualificación profesional en competencias relacionadas con el empleo de utilidad social que desarrollará y que se realizarán antes o durante la fase de contratación. Los grupos se constituirán a nivel local y/o comarcal con un mínimo de 8 personas.

e) Balance de competencias socio-profesionales adquiridas durante todo el proceso y concreción de un Programa de inserción laboral a desarrollar tras la salida del Programa AUZOLAN ajustado a sus capacidades, intereses y motivaciones: acciones encaminadas a movilizar a la persona hacia la búsqueda activa de empleo, a partir de la concreción de un itinerario integral de inserción personal que irá desarrollando tras la salida del programa AUZOLAN y que puede combinar en el tiempo acciones de formación profesional ocupacional, prácticas laborales, acciones de motivación hacia el empleo, acciones de orientación profesional, programas de empleo-formación, etc. Estas acciones de balance y elaboración del programa tendrán una duración mínima de 10 horas y máxima de 20 horas y se realizará en procesos grupales en las últimas semanas de duración de la fase de contratación.

f) Proceso de tutoría y acompañamiento del conjunto de las personas contratadas en cada uno de los proyectos durante toda la fase de realización de la actividad laboral, responsabilizándose de la coordinación del grupo.

Durante todo el proceso existirá una persona de referencia que desarrollará una función de coordinación con el responsable /encargado de obra y una función de apoyo y acompañamiento durante todo el proceso de trabajo de cada uno de los integrantes del grupo.

Dicha persona de referencia realizará el Balance de competencias socio-profesionales adquiridas durante todo el proceso que devolverá al Trabajador Social de Base, para que a partir del mismo, dicho profesional, reoriente su intervención profesional bien hacia acciones de empresas de inserción, la formación ocupacional, el autoempleo, el mercado normalizado de trabajo u otras actividades



En vista de lo expuesto, se puede concluir que el operador económico recurrente ha acreditado la solvencia requerida en la citada cláusula 29.2 PCAP.

OCTAVO: Concluido que la recurrente no debió ser excluida de la licitación por la razón aducida por el poder adjudicador y , por ello, el carácter estimatorio del recurso planteado, debe acordarse la retroacción del procedimiento hasta el momento en que se produjo la exclusión y admitirla a licitación.

Ahora bien, el poder adjudicador, indebidamente e incurriendo en una irregularidad, procedió a la apertura del sobre del operador económico recurrente que contiene los documentos a evaluar conforme a la aplicación de fórmulas y, además, esta apertura no se efectuó en sesión pública de la mesa de contratación. Ello conlleva que la valoración por el poder adjudicador de la oferta del operador económico recurrente se encuentre viciada porque se ha conculcado el principio de secreto de las proposiciones que, a su vez, está relacionado con el principio de igualdad de trato.

Conforme al artículo 129.2 LCSP «las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública». Precisamente para garantizar este secreto, el artículo 80.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que «la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados», que, de conformidad con el artículo 83 del mismo Reglamento no podrá abrirse hasta el acto público previsto al efecto, en el que, entre otros trámites, deberá darse «oportunidad a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados».

Esta normativa persigue, entre otros objetivos, asegurar que la información contenida en las proposiciones no ha podido ser manipulada ni alterada en el periodo de tiempo transcurrido entre su presentación por el licitador y su apertura en acto público.

Por otro lado, la separación de la valoración en dos fases bien diferenciadas está, asimismo, relacionada con el principio de igualdad de trato. Así lo expresó el Tribunal Central de Recursos Administrativos en su resolución 233/2011:

«En fin son las exigencias del principio de igualdad de trato las que determinan que el artículo 134. 2 de la Ley –art. 150 TRLCSP- disponga que “la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”, y que en su ejecución el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, disponga de un lado en su artículo 30 las garantías para la valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática, y de otro el artículo 26 imponga que “la documentación relativa a los



criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”. Así pues, la razón de ser de que la valoración de los criterios técnicos sujetos a juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica y demás criterios evaluables mediante fórmulas es evitar que ese conocimiento pueda influenciar en la valoración a realizar por los técnicos, y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, (...)».

Por estas razones, este órgano resolutorio considera como garantía del procedimiento, retrotraer las actuaciones hasta la fase en que la exclusión de la propuesta del operador económico recurrente se produjo, para admitirla a licitación, si bien en aplicación del principio de igualdad de trato, se deberá dar opción a las empresas licitadoras admitidas a que presenten una nueva oferta contractual que deberá ser objeto de valoración conforme a los criterios de valoración que figuran en el PCAP y respetando el procedimiento señalado en el artículo 134 LCSP.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 311.2 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 de 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE:

PRIMERO: Estimar el recurso especial interpuesto por OARSOALDEA, S.A. contra la Resolución de 29 de diciembre de 2011 del Director General de Lanbide –Servicio Vasco de Empleo a través del cual se excluye la oferta presentada por el recurrente al lote 5 del contrato de servicios de “Ejecución de 9 planes comarcales de empleo mediante procesos integrales de inserción laboral con personas desempleadas.

SEGUNDO: Retrotraer las actuaciones hasta la fase en que la exclusión de la propuesta del operador económico recurrente se produjo, para admitirla a licitación, si bien en aplicación del principio de igualdad de trato, se deberá dar opción a las empresas licitadoras admitidas a que presenten una nueva oferta contractual que deberá ser objeto de valoración conforme a los criterios de valoración que figuran en el PCAP y respetando el procedimiento señalado en el artículo 134 LCSP.

TERCERO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la LCSP, de acuerdo con lo previsto en el artículo 317.4 de idéntica norma.



CUARTO: 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 317.5 de la LCSP.

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

SEXTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de Recurso Contencioso-Administrativo, a tenor de lo previsto en el artículo 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a de su notificación, ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.k de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 319 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Vitoria-Gasteiz, 2012ko uztailaren 20a
Vitoria-Gasteiz, 20 de julio de 2012