



EB 2018/058

Resolución 078/2018, de 15 de junio 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 la UTE SPORTSTUDIO – C.N.EASO contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Prestación de los servicios o actividades deportivas incluidas en las campañas “kirol ekintzak”, “UDA”, “natación escolar” y “promoción de la salud”, tramitado por el Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de mayo de 2018, la UTE SPORTSTUDIO – C.N.EASO (en adelante, “la UTE”) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Prestación de los servicios o actividades deportivas incluidas en las campañas “kirol ekintzak”, “UDA”, “natación escolar” y “promoción de la salud”, tramitado por el Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián.

SEGUNDO: El mismo 22 de mayo se requirieron al poder adjudicador el expediente 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 24 de mayo en el registro del OARC / KEAO.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 28 de mayo, se han recibido el día 1 de junio las alegaciones de la empresa BPX SPORT KIROL ZERBITZUAL, S.L.U. (en adelante, BPX).

CUARTO: Con fecha 30 de mayo de 2018, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 10/2018, que estimó la medida provisional solicitada por la recurrente y acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 22 de diciembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el día 25 de abril de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.



SEGUNDO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente, así como la representación de D.J.E.A.A. para actuar en su nombre.

TERCERO: El artículo 44.2 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso especial los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación o determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos; en todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores, entre otros actos, en los de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de ofertas.

QUINTO: El recurso se ha interpuesto en correcta forma. Por lo que se refiere al plazo de interposición, el poder adjudicador alega que el recurso es extemporáneo. Según expone en su informe de contestación, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que, cuando se interponga contra actos de trámite, el plazo de interposición del recurso es de quince días hábiles, cuyo cómputo se inicia a partir del día siguiente a aquel en que se ha tenido conocimiento de la posible infracción; dado que la recurrente conoció el acuerdo de exclusión el mismo día 25 de abril (fecha del acto de apertura de los sobres que contienen la documentación relativa a los criterios sujetos a apreciación mediante fórmula, al que acudió el representante de la UTE), pudo acceder a la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor, que se dio a conocer en dicha sesión y que suponía su exclusión del procedimiento. Consecuentemente, el recurso debiera inadmitirse, dado que el plazo para su interposición finalizó el día 18 de mayo. A todo ello añade que no hay obligación legal de notificar el acto de exclusión.



A juicio de este Órgano, esta alegación no es aceptable y el recurso debe considerarse interpuesto en plazo. El desarrollo reglamentario del procedimiento de recurso especial efectuado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que en lo referente al plazo de interposición del recurso en lo que respecta a los actos de trámite ha de entenderse en vigor por ser el contenido del art. 50.1.c) de la LCSP exactamente el mismo que el del art. 44.2b) del TRLCSP, que en su artículo 19.3 dispone que cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión. En el supuesto que nos ocupa, al tratarse de una comunicación verbal, no constan los requisitos exigidos a las notificaciones por el artículo 40 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, la cual no puede ser sustituida por la publicación del acuerdo con su motivación en el perfil del contratante (ver, en este sentido, la Resolución 129/2017). Llegados a este punto únicamente cabe acudir a la constante y reiterada doctrina de este OARC/KEAO (ver, en este sentido las Resoluciones 97/2012, 76/2014, 121/2014, 30/2015, 126/2016) que establece que en los supuestos de notificaciones que contengan información de carácter procedimental errónea (como el caso de no señalamiento de los recursos procedentes) o que carezcan de motivación, tales defectos no pueden perjudicar al particular, debiéndose tener por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SÉPTIMO: El recurrente basa su impugnación en que desconoce los motivos de la exclusión, por lo que solicita la nulidad del procedimiento.



OCTAVO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso alegando que la exclusión está suficientemente motivada y que tanto el acta de la sesión de 25 de abril como el informe de valoración de las ofertas están publicadas en el perfil del contratante; asimismo, señala que si la recurrente no ha accedido a dicho informe es solo por su propia negligencia, no imputable a la Administración.

NOVENO: En síntesis, el único fundamento del recurso es la falta de motivación de la exclusión impugnada, que se decidió por la Mesa de Contratación en su sesión de 25 de abril y que fue comunicada verbalmente. La literalidad del acta de la sesión, en lo que afecta al caso, es la siguiente:

BAZTERTUTAKO PROPOSAMENAK / PROPOSICIONES EXCLUIDAS:

(...)

UTE Sport Studio – Easo CN – 16 puntos

Quedan excluidas por no alcanzar la puntuación mínima requerida de 22,5 puntos, siendo el 50% de la puntuación TOTAL de los criterios del sobre “2”. Por lo que no procede la apertura de sus sobres “3”.

Como es reiterada doctrina de este Órgano (ver, por ejemplo, su Resolución 25/2014), la motivación requiere dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción de una decisión de tal modo que se pueda revisar ésta, por lo que por fuerza debe referirse a las circunstancias concretas del acto del que se trata, relevantes para dicho proceso lógico, siendo evidente que nada de eso aparece en el Acta de la sesión de la Mesa de Contratación. En este caso, además, la falta de motivación adecuada del acto impugnado es relevante para causar indefensión al licitador por él afectado. Por un lado, no consta que el recurrente haya accedido, de una u otra forma, a los fundamentos que sustentan la exclusión y que pudieran constar en otros documentos del expediente (ver, por ejemplo, la Resolución 107/2017 del OARC / KEAO), y por otro, le han faltado elementos básicos para elaborar la argumentación de la impugnación; debe rechazarse el argumento de que el recurrente fue negligente porque pudo acceder fácilmente al informe técnico



que fundamentaba su exclusión, pues el poder adjudicador no puede imponer al interesado la carga de que busque y encuentre fuera de la adecuada notificación la motivación del acto que pretende impugnar, pues eso sería tanto como exonerarle del deber de notificar y motivar correctamente (ver, por ejemplo, la Resolución 30/2015 del OARC / KEAO). De hecho, al tratarse de una comunicación verbal, ya se ha señalado anteriormente que ni siquiera constan los requisitos exigidos a las notificaciones por el artículo 40 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común. Todo ello ha impedido a la UTE interponer un recurso debidamente fundado, finalidad básica de la motivación de los actos administrativos (ver, por ejemplo, en referencia a la adjudicación, el artículo 151.4 del TRLCSP), por lo que el poder adjudicador debe notificar la decisión de exclusión en debida forma, incluyendo la motivación de la misma en los términos legalmente exigibles para que, en su caso, el licitador pueda presentar la correspondiente impugnación.

Finalmente, debe añadirse que el artículo 42.2 b) del TRLCSP es claro en considerar susceptible de recurso especial un acto de la Mesa por el que se acuerda la exclusión de un licitador, y es igualmente claro que el acto recurrido, como se deduce de su literalidad (“Quedan excluidas...”) y de sus efectos (la no apertura del sobre referido a los criterios evaluables mediante fórmula), adopta precisamente dicha decisión y no es una mera propuesta al órgano de contratación. Consecuentemente, no cabe que el poder adjudicador pretenda negar la existencia del deber de motivar y notificar adecuadamente dicho acto, o dilatar su cumplimiento hasta la resolución de la adjudicación que contenga o confirme la exclusión (art. 151.4.b) del TRLCSP), pues ello sería tanto como negar la posibilidad efectiva, legalmente establecida, de recurrir autónomamente la exclusión acordada por la Mesa, vaciando así de contenido el artículo 42.2 b) del TRLCSP. Lo anterior no quita para que el interesado en atacar la exclusión pueda optar por demorar su recurso hasta la adjudicación que la confirma si, como es el caso, la Mesa no le ha ofrecido en forma y fondo correctos el recurso especial contra su decisión.



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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE SPORTSTUDIO – C.N.EASO contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Prestación de los servicios o actividades deportivas incluidas en las campañas “kirol ekintzak”, “UDA”, “natación escolar” y “promoción de la salud”, tramitado por el Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián, ordenando la retroacción de actuaciones para que el poder adjudicador notifique el acto impugnado en debida forma, incluyendo la motivación necesaria para interponer un recurso fundado.

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

TERCERO: Acordar el levantamiento de la suspensión del procedimiento, acordada por la Resolución B-BN 10/2018, de 30 de mayo de 2018, de la Titular del OARC / KEAO.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.



QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko ekainaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de junio de 2018