



EB 2022/063

EB 2022/105

Resolución 118/2022, de 7 de julio, 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 QUERENCIA FACILITY SERVICIES, S.L., en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro de bolsas compostables para su uso en la recogida del residuo orgánico del Ayuntamiento de San Sebastián (Lote 2)”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La empresa QUERENCIA FACILITY SERVICIES, S.L. (en adelante, QUERENCIA) ha presentado 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) los siguientes recursos especiales en materia de contratación en relación con el procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro de bolsas compostables para su uso en la recogida del residuo orgánico del Ayuntamiento de San Sebastián (Lote 2)”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

- Con fecha 7 de abril de 2022 se presentó el recurso especial contra la decisión de tener por retirada su oferta del procedimiento de adjudicación e imposición de penalidad, que ha sido registrado con el número EB 2022/063.
- Con fecha 16 de junio de 2022 se presentó el recurso especial contra la reiteración de la penalidad interpuesta, que ha sido registrado con el número EB 2022/105.





SEGUNDO: Los recursos han sido remitidos al poder adjudicador con solicitud de 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) en las siguientes fechas:

- El recurso registrado como EB 2022/063, se ha remitido al poder adjudicador el día 8 de abril y la documentación e información solicitada se han recibido el 25 de abril.
- El recurso registrado como EB 2022/105 se ha remitido al poder adjudicador el día 16 de junio y la documentación e información solicitada se han recibido el 21 de junio.

TERCERO: Trasladado a los interesados el recurso EB 2022/063 el 25 de abril, no se han realizado alegaciones al mismo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente así como la representación de J.M.C.R. que actúa en nombre. Alega el poder adjudicador que la recurrente carece de legitimación para impugnar el Lote 1, sin embargo, en el escrito de recurso se identifica claramente en el título que su impugnación se dirige al Lote 2, bolsas de 50 litros.

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 suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

La decisión por la que se tiene por retirada la oferta por no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento efectuado en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP es un acto impugnabile por determinar la imposibilidad de que el recurrente sea el adjudicatario del contrato (ver, el artículo 44.2. b) de la LCSP) y la imposición de la penalidad es una consecuencia jurídica vinculada al incumplimiento de dicho requerimiento. En lo que respecta a la imposición de la penalidad, el precedente de la Resolución 97/2018 de este OARC / KEAO, confirmada por la STSJ PV de 12/6/2019, núm. 166/2019, ECLI: ES:TSJPV:2019:2011, alegada por el poder adjudicador, no es aplicable al supuesto que nos ocupa, pues el acto impugnado en dicha resolución era la penalidad impuesta por la no formalización del contrato por causas imputables al contratista (artículo 153.4 de la LCSP), esto es, en una fase del procedimiento posterior a la adjudicación, mientras que la penalidad ahora impugnada es previa a la adjudicación del contrato y se vincula a la no cumplimentación adecuada de los extremos relacionados en el artículo 150.2 de la LCSP.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El poder adjudicador alega que las personas jurídicas están obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración e indica que la fecha en la que se entiende presentado el recurso es aquella en la que se realiza la subsanación, por lo que el recurso debe inadmitirse por extemporáneo.

Sin embargo, este OARC/KEAO no comparte la alegación del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián. Téngase en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo número 954/2021 de 1 de julio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2747, considera que el artículo 68.4 de la Ley 39/2015 regula un trámite procedimental



de subsanación específico respecto de las solicitudes que se hubieren presentado ante la Administración de forma presencial, que resulta estrictamente aplicable a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado y no a los procedimientos iniciados de oficio por la Administración, ni a los procedimientos de revisión de los actos administrativos –como lo es el recurso especial en materia de contratación-. A este respecto argumenta que en los procedimientos revisorios el instituto procedimental de la subsanación no puede comportar para el interesado que cumple en tiempo y forma el requerimiento efectuado por la Administración unas consecuencias jurídicas lesivas del derecho a la protección jurídica, que constituye uno de los postulados nucleares de la configuración del Estado social y democrático de Derecho, en contravención del deber de buena administración. Por tanto, en el presente caso el plazo para interponer el recurso debe computarse desde la fecha de presentación del mismo en papel en el registro administrativo correspondiente (en este caso en el del OARC / KEAO) y no desde el día en que cumplió con el requerimiento de la subsanación.

En concreto, la decisión de tener por retirada la oferta fue notificada a la recurrente en fecha 18 de marzo de 2022, y el recurso fue presentado en la oficina de correos en fecha 6 de abril, con entrada en este OARC/KEAO el día 7 de abril. Por tanto, 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, el Ayuntamiento de Donostia San Sebastián tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

El recurso se basa en los argumentos que se resumen a continuación:



- a) Desde el momento en que QUERENCIA recibió un requerimiento de subsanación de la documentación aportada en la fase del artículo 150.2 de la LCSP ha actuado dando cumplimiento a lo solicitado
- b) El silencio de la Administración a los correos electrónicos de 9 y 11 de febrero en los que se preguntaba si la documentación aportada era la correcta no se ajusta a los principios de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional recogidos en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015 y supone una infracción del derecho de todo ciudadano a subsanar las omisiones o defectos en los que hubiera incurrido.
- c) Finalmente, solicita que se deje sin efecto la resolución recurrida y
- con carácter principal, ya que se ha presentado toda la documentación requerida, por razones de economía procedimental se dicte nueva resolución adjudicando a QUERENCIA el contrato.
 - con carácter subsidiario, que se retrotraían las actuaciones para requerir a QUERENCIA la subsanación de los defectos y omisiones en las que pudiera haber incurrido.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la impugnación con los siguientes argumentos:

- a) El acuerdo de la Junta de Gobierno Local impugnado contiene dos pronunciamientos: (i) se tiene por retirada la oferta de la empresa recurrente al lote 2 y se le impone una penalización y (ii) se adjudican los dos lotes del contrato a otra empresa licitadora y, aunque solicita que deje sin efecto el acuerdo de adjudicación, dicha pretensión se hace en consideración a la primera declaración de retirada de la oferta.
- b) La recurrente no ha acreditado que presentara en su día la documentación requerida por el órgano de contratación y tampoco ha alegado que no sea cierta



su falta de solvencia económica y técnica advertida por dicho órgano. No es posible otorgar un plazo de subsanación de la documentación aportada porque la propia empresa admitió por escrito de 9 de febrero que no poseía la solvencia exigida al tratarse de una empresa de nueva creación, por lo que se trata de un problema de cumplimiento de los requisitos mínimos de solvencia económicos y técnicos fijados en los pliegos y no de un problema de acreditación.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La pretensión de la recurrente consiste, en primer lugar, en que se le adjudique el lote 2 del contrato o, subsidiariamente, que se le conceda un plazo para subsanar los defectos observados en la documentación aportada en la fase del artículo 150.2 de la LCSP. A juicio de este Órgano el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) El artículo 150.2 de la LCSP establece el procedimiento para que el licitador que hubiera presentado la mejor oferta presente, a requerimiento del poder adjudicador, entre otros documentos, los relativos a la aptitud o capacidad exigida. A tal efecto, el servicio correspondiente, con fecha 27 de enero de 22, requirió a la recurrente que aportara, en lo que al recurso interesa, los medios de prueba acreditativos del cumplimiento de los requisitos de solvencia económica y financiera y técnica o profesional que figuran en el documento anexo III del PCAP. En respuesta a ello, la recurrente presentó un documento fechado el 8 de febrero de 2022 en el que declara de forma responsable “Que, no podemos demostrar nuestra solvencia económica, técnica ni financiera, puesto que es una empresa de nueva creación, constituida con fecha 31/03/2121 ante el notario de Madrid D. Carlos Olona Shüller, con su número de protocolo 430.”
- 2) La recurrente considera que se le debió dar una posibilidad de subsanar la documentación aportada. No obstante, a la vista de la manifestación transcrita en el apartado 1) anterior resulta evidente que no hay subsanación posible porque la recurrente manifiesta expresamente no



disponer de la solvencia económica y financiera y técnica requerida en los pliegos de la licitación. No se trata de un defecto de los documentos aportados que le impiden acreditar suficientemente un extremo exigido en los pliegos ni de una omisión, sino de la constatación de que carece de un requisito de aptitud necesario para la formación válida del contrato. A este respecto, se ha de tener en cuenta que el artículo 38.2.a) de la LCSP sanciona con la nulidad de pleno derecho la celebración de contratos en los que el adjudicatario carezca de solvencia económica, financiera, técnica o profesional.

- 3) El Órgano de contratación, en su acuerdo de adjudicación de fecha 15 de marzo de 2022 expresamente expresa las razones por las que no se le ha concedido a la recurrente un trámite para la subsanación de la documentación presentada al manifestar que “A la empresa QUERENCIA FACILITY SERVICES, S.L. no se le otorgó un plazo de subsanación en tanto reconoció que no cumplía la solvencia, por lo que la omisión no es susceptible de ser subsanada.” No obstante, la recurrente obvia en su recurso toda referencia tanto a su manifestación de carecer de la solvencia referida como a la motivación aducida por el órgano de contratación para no conceder un trámite de subsanación, y basa toda su argumentación en supuestos defectos del procedimiento que no son tal, como el envío de correos electrónicos no contestados, sin aportar razón alguna por las que su manifestación de carecer de la solvencia requerida deba ser subsanada.
- 4) El que la recurrente sea una empresa de nueva creación no le exime de tener que satisfacer los umbrales mínimos de solvencia exigidos en el PCAP (aunque referido a contratos no sujetos a regulación armonizada, ver en este sentido la Resolución 126/2020 de este OARC / KEAO) que pueden ser acreditados por otros medios como, por ejemplo, recurriendo a la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que



recurra no esté incurso en una prohibición de contratar (artículo 75.1 de la LCSP), o uniéndose temporalmente con otro u otros empresarios que las satisfagan (artículo 69 LCSP).

- 5) En vista de lo descrito en los apartados anteriores se ha de concluir que la actuación del Órgano de contratación ha sido correcta, no procediendo ante una manifestación tan clara y contundente como la efectuada por la recurrente sobre su falta de solvencia más que tener por retirada la oferta y proceder a la adjudicación del contrato a la empresa posicionada en segundo lugar en el orden de clasificación. Habida cuenta de que en ninguno de los recursos se efectúa alegación alguna respecto a la improcedencia de la multa impuesta, ésta ha de mantenerse ya que corresponde a la recurrente expresar la razón de su impugnación (artículo 51.1 de la LCSP y artículo 115.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

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: Desestimar los recursos especiales en materia de contratación pública interpuestos por QUERENCIA FACILITY SERVICIES, S.L., en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro de bolsas compostables para su uso en la recogida del residuo orgánico del Ayuntamiento de San Sebastián (Lote 2)”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián (EB 2022/063 y EB 2022/105).



SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

CUARTO: 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, 2022ko uztailaren 7a

Vitoria-Gasteiz, 7 de julio de 2022