



EB 2019/126

Resolución 168/2019, de 10 de octubre, 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 D.J.M.S. (persona física) contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato “Redacción del proyecto de ejecución, trabajos complementarios y dirección facultativa de las obras de rehabilitación de las alas norte y este del colegio de los Padres Paules para adaptarlo a un centro de 1 línea de educación infantil y primaria para CEIP Virgen del Oro de Murguía (Araba), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de julio de 2019 se recibió 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 D.J.M.S. (persona física) contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato “Redacción del proyecto de ejecución, trabajos complementarios y dirección facultativa de las obras de rehabilitación de las alas norte y este del colegio de los Padres Paules para adaptarlo a un centro de 1 línea de educación infantil y primaria para CEIP Virgen del Oro de Murguía (Araba)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación).

SEGUNDO: El mismo día 16 de julio este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de



Nahi izanez gero, J0D0Z-T1SXV-RRE4 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoa honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T1SXV-RRE4 en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador>



contratación, 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). La citada documentación se recibió el día 24 de julio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 2 de agosto, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la legitimación de la recurrente, que actúa en su propio nombre.

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

De acuerdo con el artículo 44.1 a) de la LCSP, el contrato es susceptible de recurso especial.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El acto recurrido es la Resolución de 4 de julio de 2019 por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación, que no figura expresamente en el listado del artículo 44.2 de la LCSP de actuaciones que pueden ser objeto de recurso especial, al igual que tampoco lo estaba en el derogado TRLCSP, por lo que lo que resulta de aplicación lo manifestado a este respecto por este Órgano con anterioridad. Así, en su Resolución 031/2017 este OARC/KEAO ya manifestó la posibilidad de que una decisión de esta índole pudiera ser objeto de recurso especial «(...) por una interpretación coherente y finalista de la regulación del recurso especial, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia. Por un lado, siendo recurribles los llamados «actos de trámite



cualificados» porque impiden a un licitador continuar en el procedimiento (artículo 40.2 b) TRLCSP), con idéntica o mayor razón deben ser impugnables los actos que, como el desistimiento, impiden, no ya a un licitador, sino a todos, obtener la adjudicación del contrato. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado expresamente la inclusión de los acuerdos de cancelación de una licitación dentro del sistema de recursos establecido por el Derecho europeo de la contratación pública, considerando que dicha inclusión está requerida por la necesidad de que la normativa comunitaria tenga un «efecto útil». En este sentido se ha señalado que «la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan.» (STJ de 18/6/2002, ECLI:EU:C:2002:379, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55).»

Consecuentemente, la decisión impugnada es susceptible de recurso especial.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, en concreto, de Administración Pública (artículo 3 LCSP).

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurrente basa su recurso en los siguientes argumentos:

a) La circunstancia alegada para el desistimiento es que el modelo de oferta económica adolecía de la opción de prestar asistencia técnica, por lo que se publicó una aclaración en el perfil del contratante y se incluyó en dicho modelo el apartado de la asistencia técnica; tras la apertura de la oferta económica, se



constató que dos empresas que no leyeron la aclaración no presentaron la asistencia técnica, concluyendo que, no siendo imputable a los licitadores el correcto cumplimiento del modelo de oferta económica, había una infracción no subsanable de las normas reguladoras de la preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.

b) El recurrente alega que en la cláusula específica 22.2.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) estaba disponible toda la información necesaria y precisa para la realización de las ofertas, y la aclaración, que no altera las bases de la licitación, se produjo con respeto al artículo 138.3 de la LCSP (y al artículo 136, referido a la información adicional) y a la cláusula específica 26 del PCAP, ocho días antes del plazo de finalización de presentación de las ofertas, siendo vinculante para todos los licitadores; por ello, no se trata de ninguna infracción insubsanable que pueda justificar el desistimiento; se señala que ocho empresas de las diez que han licitado han presentado correctamente la documentación solicitada, dando cumplimiento a la aclaración.

c) No se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 152.4 de la LCSP para la válida adopción de la decisión de desistir del contrato. En este sentido, no hay infracción de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación (no tiene por qué haber un modelo de oferta para criterio ni tampoco debe incluirse el modelo de asistencia técnica en el de oferta económica), no se cumple el requisito de que el desistimiento sea “fundado” ni identifica norma infringida alguna; se alega que se están imputando errores de hecho u omisiones de los licitadores a infracciones legales insubsanables.

d) Existen procedimientos de adjudicación anteriores del Departamento de Educación en los que no hay un modelo específico para valorar el criterio de adjudicación basado en la asistencia técnica posterior a la finalización de las obras.



e) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad del acto impugnado y, subsidiariamente, la no conformidad a derecho del mismo, ordenando la continuidad del procedimiento hasta la adjudicación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) En un primer momento, el modelo de oferta económica adolecía de la opción de presentar la asistencia técnica; tras la consulta de un licitador, se realizó una aclaración en el perfil del contratante y se añadió al modelo de oferta la frase “IV. Asimismo se ofertan años de asistencia técnica desde la recepción de las obras”.

b) Dos empresas que no leyeron la aclaración no presentaron la asistencia técnica. La Mesa de Contratación consideró que dejarles subsanar la oferta sería contrario al principio de inmutabilidad de la oferta y contrario al principio de igualdad de trato, y que había una infracción no subsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, por lo que propuso el desistimiento que ahora se recurre.

c) Se alega que la continuidad del procedimiento hubiera infringido el principio de transparencia (artículo 1 de la LCSP); el modelo de oferta económica adolecía del apartado de asistencia técnica, por lo que fue la propia administración la que indujo a error a los dos licitadores que no incluyeron la asistencia técnica, no estaban suscritos al servicio de alertas del perfil del contratante y, en virtud del principio de confianza legítima, no tienen por qué consultar todos los días dicho perfil.

d) Debió establecerse un plazo de presentación adecuado (30 días), ya que no se trató de una mera aclaración, sino de un cambio del modelo de oferta



(artículo 136 de la LCSP); el desistimiento se basa en que el 20% de los licitadores han sido llevados a error por una omisión en el modelo de oferta económica por parte de la Administración.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC/KEAO

El análisis del recurso debe partir de la estipulación del PCAP relativa al criterio de adjudicación debatido y de la aclaración que le afecta:

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre el desistimiento del procedimiento de adjudicación

El artículo 152.4 de la LCSP permite que el poder adjudicador desista o decida no adjudicar el contrato por razones jurídicas o de oportunidad, respectivamente, de la adjudicación del contrato. En concreto, en relación con el desistimiento, que se halla regulado básicamente en los mismos términos que en el derogado TRLCSP, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad que se trata de una decisión por la que se pretende salvar la infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato (Resolución 031/2013) y que cualquier apreciación sobre la validez del desistimiento debe partir de la verificación de la existencia de una norma jurídica infringida (Resolución 65/2018). A ello hay que añadir que se debe justificar en el expediente la concurrencia de la infracción alegada y que el acuerdo de desistimiento se ha de adoptar antes de la formalización del contrato, que es el momento en que este se perfecciona (artículo 36 de la LCSP).

b) Sobre la justificación del desistimiento.

Los fundamentos jurídicos del desistimiento impugnado no citan ninguna norma



reguladora de la preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación que haya sido objeto de una infracción insubsanable. Dicha norma tampoco figura en ningún otro documento del expediente. En los antecedentes de hecho de la resolución de desistimiento tan solo se señala (en el antecedente octavo) que dos licitadores no incluyeron la asistencia técnica en la oferta, lo que se entendió como no subsanable y una incorrecta cumplimentación del modelo de oferta, por lo que procedía el desistimiento. Consecuentemente, no se ha cumplido el requisito exigido por el artículo 152.4 de la LCSP, que requiere la constancia de este extremo en el expediente. A juicio de este Órgano, del informe del poder adjudicador tampoco se deduce que exista una causa para el desistimiento:

- 1) Del expediente se deduce que, con fecha 12 de marzo, el poder adjudicador publicó en el perfil del contratante una nueva versión del Anexo III.1 del PCAP (modelo de oferta), cuya diferencia con la redacción original del mismo documento es añadir un punto IV con la frase “Asimismo se ofertan ... años de asistencia técnica desde la recepción de las obras”. El motivo de la publicación es, en resumen, que la cláusula específica 22.2.2 del PCAP establecía un criterio de adjudicación evaluable mediante fórmula que valoraba el número de años posteriores a la finalización de las obras en los que el licitador se comprometía a prestar asistencia técnica y, sin embargo, no aparecía en el modelo de oferta un epígrafe expreso en el que señalar la información necesaria para aplicarlo. No es preciso que ahora este Órgano determine si se trata de una modificación significativa de los pliegos o de una aclaración o información adicional (artículos 136.2 y 138.3 de la LCSP), ni si debió o no concederse un nuevo plazo de presentación de ofertas, pues lo relevante es que en ningún caso puede entenderse que haya habido una infracción sustancial que justifique el desistimiento y el consecuente reinicio del procedimiento de adjudicación.



- 2) Con independencia de que la segunda redacción del modelo de oferta pueda considerarse más ajustada a los criterios de adjudicación fijados en el PCAP, lo cierto es que estos están claramente fijados en dicho documento y los licitadores no tenían excusa alguna para no conocerlos y comprenderlos, de modo que tampoco pueden pretender ignorar que la consecuencia lógica de no aportar información alguna sobre la asistencia técnica posterior conlleva la consecuencia de, al menos, no recibir puntuación alguna en ese apartado (ver, por ejemplo, la Resolución 72/2017 del OARC / KEAO). Esta afirmación habría sido cierta en el caso de que no se hubiera modificado el modelo de oferta, y lo es también después de su alteración, con independencia de que tuviera o no obligación o la carga de consultar el perfil del contratante en el que se publicó la modificación.

- 3) Consecuentemente con lo anterior, debe concluirse que no ha existido la infracción del principio de transparencia que expone la Administración. Como ha señalado en reiteradas ocasiones este OARC / KEAO, el destinatario de la obligación de transparencia del poder adjudicador es el operador económico razonablemente informado y normalmente diligente, que puede, por ejemplo, llegar a compensar las imprecisiones de los pliegos con una lectura atenta de los mismos o mediante consultas dirigidas al poder adjudicador (ver, por todas, la Resolución 163/2018); no puede considerarse como tal el licitador que no incluye en su oferta información relativa a uno de los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula claramente fijados en el PCAP (salvo que la decisión se explique porque simplemente no desea ofertar la prestación valorada). Tampoco se aprecia que el supuesto error haya podido ser inducido por la oscuridad de la documentación contractual; ni siquiera antes del cambio en el modelo de oferta había contradicción alguna en ellos, pues no lo es que parte de la información necesaria para aplicar los criterios de adjudicación no tenga un espacio a propósito para su inserción en dicho modelo. Debe tenerse en cuenta que, salvo



que los pliegos impongan, por razones proporcionadas, una manera concreta de presentar la información, ha de primar la libre configuración de la misma por el licitador, que pudo introducir en ella la información correspondiente del modo que estimara más adecuado (ver, por ejemplo, la Resolución 53/2019 del OARC / KEAO).

c) Conclusión

Por todo ello, el recurso debe estimarse, anulando el acto impugnado y ordenando la continuidad del procedimiento de adjudicación.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.J.M.S. (persona física) contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato “Redacción del proyecto de ejecución, trabajos complementarios y dirección facultativa de las obras de rehabilitación de las alas norte y este del colegio de los Padres Paules para adaptarlo a un centro de 1 línea de educación infantil y primaria para CEIP Virgen del Oro de Murguía (Araba), tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Educación), anulando el acto impugnado y ordenando la continuidad del procedimiento de adjudicación.



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

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las actuaciones seguidas para ejecutar la presente Resolución.

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko urriaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de octubre de 2019