



EB 2020/155

Resolución 002/2021, de 8 de enero, 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 INCOPE CONSULTORES, S.L. y BPG COORDINADORES DE SEGURIDAD, S.L. contra la exclusión de su oferta y la declaración de desierto de la adjudicación del contrato “Asistencia técnica para la coordinación de actividades empresariales”, tramitado por EUSKOTREN.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 2 de noviembre de 2020, la UTE INCOPE CONSULTORES, S.L. y BPG COORDINADORES DE SEGURIDAD, S.L. (en adelante, la UTE) interpuso, 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), un recurso especial en materia de contratación pública contra la exclusión de su oferta y la declaración de desierto de la adjudicación del contrato “Asistencia técnica para la coordinación de actividades empresariales”, tramitado por EUSKOTREN.

SEGUNDO: El día 3 de noviembre se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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 remitió a este Órgano el 5 del mismo mes.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 10 de noviembre, no se ha recibido alegación alguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una UTE licitadora y la representación de D.P.J.L. y D. D.P.G. que actúan en su nombre.

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 servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso “Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, 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 en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

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, EUSKOTREN es un poder adjudicador, aunque no Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP, por lo que es de aplicación al contrato esta última norma (Disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales) en relación con la Disposición adicional octava de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

En resumen, los argumentos del recurso son los que siguen:

a) Tras ser designada su oferta como la más ventajosa, la recurrente fue excluida del procedimiento de adjudicación por no cumplimentar adecuadamente el requerimiento para que presentara la documentación justificativa de la capacidad y solvencia exigida en los pliegos; contra los motivos de esta exclusión la UTE alega que el órgano de contratación considera que una de las personas propuestas para desarrollar la función de encargada de la Coordinación de actividades preventivas y de Medio Ambiente no cumple con la solvencia requerida. Además, en el equipo de trabajo propuesto en la oferta se indicaba la existencia de dos mujeres y ahora resulta que solo hay una. Asimismo, en la oferta se señaló que tres personas podían comunicarse en euskera, cuando a lo sumo son dos. Con posterioridad a ello, la UTE procede a subsanar dichas consideraciones que no son aceptadas por el poder adjudicador. La UTE entiende que se le debió otorgar otro plazo adicional para subsanar la documentación.

b) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y, subsidiariamente, se otorgue a la recurrente un plazo para subsanar la documentación presentada.



SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso por las siguientes razones:

a) Con fecha 24 de agosto, en virtud del artículo 150.2 de la LCSP, se requiere a la recurrente para que presente la documentación justificativa de la capacidad y solvencia con la advertencia de las consecuencias de su incumplimiento.

b) Con fecha 7 de septiembre la recurrente presenta la documentación que consideró oportuna, entre la cual se encontraba para acreditar la solvencia del equipo de trabajo un cuadro con los *curriculum vitae* de todas las personas relacionadas. En dicha documentación se observan una serie de circunstancias que difieren con lo expresado en la oferta (falta de dedicación exclusiva de la encargada de actividades preventivas y de medio ambiente, incongruencias en el número de mujeres propuestas y adscritas, así como con el número de personas cualificadas para trabajar tanto en euskera como en castellano), por lo que se le solicitan las aclaraciones pertinentes.

c) En contestación a dichas aclaraciones, la recurrente plantea que una de las personas propuestas con dedicación parcial pase a dedicarse en exclusividad; respecto al número de mujeres y personas que pueden realizar el trabajo tanto en euskera como en castellano, reconocen la diferencia entre lo ofertado y la documentación acreditativa enviada para acreditar la solvencia, asumiendo un cambio en la puntuación obtenida.

d) El poder adjudicador, ante la contestación obtenida, advierte que la persona propuesta para la Coordinación de Actividades preventivas y Medio Ambiente no cumple con la solvencia requerida por lo que comunica a la recurrente que debe entenderse retirada la oferta con la imposición de la penalidad establecida en el artículo 150.2 de la LCSP. Ante ello, en fecha 18 de septiembre la recurrente propone un nuevo equipo de trabajo, incluyendo a una nueva persona para ejercer las funciones de Coordinadora de Actividades preventivas y Medio



Ambiente. A juicio del poder adjudicador esto supone una modificación de la oferta y no una subsanación que en todo caso sería extemporánea.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de la pretensión del recurso debe partir del contenido de las cláusulas relevantes de los pliegos, que vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma.

PPT

6 DEDICACIÓN Y HORARIO DE TRABAJO

(...)

Dentro del personal asignado a los servicios objeto de contratación, se designará como mínimo: Una persona Responsable del servicio.

Una persona encargada de la Coordinación de Actividades Preventivas y de Medio Ambiente, disponiendo para la realización del servicio de al menos una persona con dedicación exclusiva a tiempo completo.

Se valorará la ampliación de su dedicación mínima a partir del mínimo requerido de 8 horas diarias (o dedicación exclusiva a jornada completa), mediante personal de apoyo.

Una persona como Coordinador/a de Seguridad y Salud y Medio Ambiente en obra, cuya dedicación vendrá determinada en función del tipo y número de obras.

Una persona como Administrador/a de la Plataforma de gestión documental de Euskotren, con una dedicación mínima de 4 horas al día.

PCAP

3.2 Equipo de trabajo propuesto

Todo el personal propuesto para desarrollar La función como persona encargada de la Coordinación de Actividades Preventivas y de Medio Ambiente deberá disponer como mínimo:

- Formación para el desempeño de las funciones de Técnica/o en Prevención de Riesgos Laborales de Nivel Superior, según el R.D. 39/1997 en Las tres especialidades siguientes: Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial y Ergonomía y Psicología Aplicada.
- Experiencia probada de al menos cinco años realizando trabajos de coordinación de actividades empresariales similares a los descritos en el apartado de Descripción de los



Servicios. Habiendo realizado trabajos de coordinación con al menos 5 empresas contratistas del ámbito de mantenimiento ferroviario o tranviario, en Los últimos 3 años.

- Formación en Gestión Ambiental, o en Vigilancia Ambiental o en Gestión de Residuos.

En síntesis, el recurso se basa en que la UTE ha acreditado satisfactoriamente los requisitos de solvencia del personal componente del equipo de trabajo propuesto, y, en todo caso, el poder adjudicador debió concederle un nuevo plazo de subsanación de la documentación. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre las citadas cuestiones; en primer lugar, se analizarán los motivos de exclusión de la oferta, y luego, en su caso, se determinará si se trata o no de defectos subsanables.

a) Sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos al Coordinador/a de Actividades Preventivas y de Medio Ambiente

Por lo que se refiere a la acreditación de la solvencia exigida, se observa lo siguiente:

- Como bien indica el poder adjudicador y la propia recurrente reconoce implícitamente en el correo electrónico de fecha 18 de septiembre, en el caso de la persona propuesta para Coordinador/a de Actividades Preventivas y de Medio Ambiente, la documentación aportada no justifica la solvencia requerida en el pliego; concretamente no se cumple con dos de los tres requisitos, según el *curriculum vitae* aportado: (i) Formación para el desempeño de las funciones de Técnica/o en Prevención de Riesgos Laborales de Nivel superior, según el R.D. 39/1997 en Las tres especialidades siguientes: Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial y Ergonomía y Psicología Aplicada; y (ii) Experiencia probada de al menos cinco años realizando trabajos de coordinación de actividades empresariales similares a los descritos en el apartado de Descripción de los Servicios. Habiendo realizado trabajos de coordinación con al menos 5 empresas contratistas del ámbito de mantenimiento ferroviario o tranviario, en los últimos 3 años.



- En este sentido, y con el fin de solventar la situación anteriormente descrita, la recurrente aporta un nuevo equipo de trabajo en fecha 18 de septiembre, sumando a una nueva persona para ejercer las funciones de Coordinadora, persona que no figuraba en el equipo de trabajo presentado en la documentación requerida tras la clasificación de las ofertas, de la que no se aporta *curriculum vitae* que acredite el cumplimiento de la solvencia exigida.

b) Sobre la posibilidad de subsanación

Una vez determinado que de la documentación aportada por el recurrente se deducen ciertas irregularidades, debe analizarse si cabe su subsanación o la exclusión de la oferta ha sido procedente.

- b 1) Sobre la posibilidad de subsanación de la documentación señalada en el artículo 150.2 de la LCSP.

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, la documentación justificativa de la solvencia exigida.

El precepto no menciona la posibilidad de subsanación o aclaración de la documentación aportada en cumplimiento de este concreto trámite, pero el recurrente afirma que debió concederse, alegando en su favor la doctrina de tribunales de recurso especial y órganos consultivos. A juicio de este Órgano, la falta de mención de la LCSP debe interpretarse aquí en el sentido de que, no solo cabe la citada subsanación o aclaración, sino que el poder adjudicador está obligado a concederla, y ello por las siguientes razones:

- 1) El apartado 3 del artículo 56 de la Directiva 2014/24/UE (en adelante, DCP), primero del epígrafe titulado "Selección de los participantes y



adjudicación de los contratos” y significativamente titulado “Principios generales”, establece que “Cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a la presente Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia.” El citado precepto comprende en su ámbito de aplicación cualquier información o documento que deban aportar los licitadores, sin distinguir si debe incluirse en la proposición a la que se refiere el artículo 139 de la LCSP, como parte de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (artículo 140 de la LCSP), o como uno de los extremos que ha de acreditar el licitador que haya presentado la mejor oferta (artículo 150.2 de la LCSP), que es el caso analizado.

- 2) Si bien el artículo 141.2 de la LCSP permite la subsanación de defectos de la documentación recogida en el artículo 140 de la LCSP (ver también el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RGLCAP), no hay una norma que recoja expresamente el mismo trámite para los documentos del artículo 150.2 de la LCSP.
- 3) Una vez transcurrido el plazo de transposición de la DCP sin que el legislador haya incorporado expresamente al Ordenamiento nacional la posibilidad de subsanar la documentación del artículo 150.2 de la LCSP (o, en su caso, la imposibilidad de hacerlo, como faculta la propia DCP), este Órgano entiende que debe aplicarse al caso el artículo 56.3 de la DCP, dado que se trata de una norma precisa, clara e incondicionada que concede derechos a los licitadores frente a los poderes adjudicadores, y dotada por lo tanto de efecto directo, lo que obliga a las autoridades nacionales (como el poder adjudicador y el propio OARC / KEAO) a



aplicarla, incluso desplazando, si fuera preciso, las normas de Derecho interno que se le opongan (ver, por ejemplo, el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”, de 1 de marzo de 2016, elaborado por los órganos y tribunales de recursos contractuales, especialmente las páginas 7 a 11 y 37 y 38).

Todo ello lleva a la conclusión de que los defectos de la documentación aportada por el adjudicatario que haya presentado la mejor oferta (artículo 150.2 de la LCSP) son, en general, susceptibles de subsanación en los términos recogidos en el artículo 56.3 de la DCP.

b 2) Sobre la posibilidad de subsanación en el caso concreto analizado

No obstante lo anterior, ello no implica que el licitador afectado (en este caso, el recurrente) tenga un derecho absoluto a exigir un trámite de subsanación para cualquier defecto, sea cual sea su naturaleza, por lo que deben analizarse las circunstancias que concurren en este concreto supuesto. A la vista de la doctrina del OARC / KEAO, elaborada a propósito de la subsanación de la documentación jurídica o de la proposición técnica o económica, se ha venido entendiendo que no cabe subsanar las carencias probatorias de documentos formalmente correctos; dicho de otra forma, no puede subsanarse la incompatibilidad entre el contenido de un documento y los términos exigidos en los pliegos, ya que no se trata de un defecto del documento que le impide acreditar suficientemente un requisito, sino, por el contrario, de la acreditación de que dicho requisito no se satisface (ver las Resoluciones 54 y 133/2018 del OARC / KEAO). A juicio de este Órgano, en esta situación se encuentra la documentación aportada respecto del coordinador de medio ambiente propuesto en un primer lugar (D. B.A.P.), pues se acredita que carece de la solvencia mínima requerida. Por otro lado, la persona propuesta en último lugar (D^a. C.C.T.) para ejercer dichas funciones de coordinadora es presentada por la UTE de forma extemporánea, una vez



transcurrido el plazo de subsanación concedido, y sin acreditar que cumpla con los requisitos de solvencia mínimos exigidos.

c) Conclusión

Dado que, según lo expresado anteriormente, la documentación presentada por el recurrente incurre en defectos insubsanables o supondría la vulneración del principio de inmutabilidad de la proposición, la exclusión de su oferta es ajustada derecho, así como la declaración de desierto de la licitación al ser la única proposición clasificada tras la evaluación de los criterios de adjudicación. Consecuentemente, el recurso debe desestimarse.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE INCOPE CONSULTORES, S.L. y BPG COORDINADORES DE SEGURIDAD, S.L. contra la exclusión de su oferta y la declaración de desierto de la adjudicación del contrato “Asistencia técnica para la coordinación de actividades empresariales”, tramitado por EUSKOTREN.

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



TERCERO: 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, 2021eko urtarrilaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de enero de 2021