



EB 2017/112

Resolución 110/2017, de 2 de octubre, del 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 empresa BPXSPORT KIROLO ZERBITZUAK, S.L.U. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Gestión del programa eskola kirola 2017 – 2018”, tramitado por el Ayuntamiento de Irun.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 30 de agosto de 2017 la empresa BPXSPORT KIROLO ZERBITZUAK, S.L.U. (en adelante, BKZ) interpuso ante el órgano Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, OARC/ KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Gestión del programa eskola kirola 2017 – 2018”, tramitado por el Ayuntamiento de Irun.

SEGUNDO: El día 31 de agosto se trasladó el recurso al poder adjudicador y se solicitaron el expediente de contratación y el informe al que hace referencia el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales se recibieron en el registro del OARC / KEAO el día 4 de septiembre.

TERCERO: Con fecha 6 de septiembre de 2017, el OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 19/2017, por la que se acuerda medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.



CUARTO: Solicitadas alegaciones a los interesados, no se ha recibido ninguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de don B. B.P., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de dicha norma cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.

TERCERO: Según el artículo 40.2 b) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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; a estos efectos, se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Irun tiene la condición de poder adjudicador y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

SEXTO: Los motivos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

1) BKZ impugna su exclusión, basada en que su proposición económica no incluye la mención al convenio colectivo que se aplicaría a los trabajadores en



el caso de resultar adjudicataria, tal y como solicita el modelo de proposición económica que consta como Anexo I del Pliego de Condiciones Económico Administrativas (PCEA).

2) La exclusión ignora las referencias que al convenio colectivo aplicable se realizan en otros documentos incluidos en el propio expediente, como el propio proyecto presentado por la recurrente, comunicaciones por correo electrónico con personal del poder adjudicador o el listado de personal subrogable facilitado al Ayuntamiento como actual prestador del servicio; de dichas referencias se deduce que BKZ aplicaría el Convenio de Locales y Espectáculos de Bizkaia en el caso de resultar adjudicatario.

3) La omisión que ha supuesto la exclusión en nada afecta a la valoración de la oferta, por referirse a una cuestión accidental o accesorio respecto a la proposición económica, y podía haber sido objeto de un plazo de subsanación.

4) Finalmente, se solicita que se declare injustificada la exclusión de BKZ y se le readmita en el procedimiento, anulando todo lo actuado desde dicha exclusión y acordando seguir el procedimiento desde entonces.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone al recurso alegando lo siguiente:

a) El motivo de exclusión es una omisión que altera sustancialmente el modelo de oferta económica, pues se refiere a las condiciones de trabajo del personal de la adjudicataria, que es una obligación contractual esencial, y suprime de la oferta el compromiso de aplicar un convenio colectivo concreto.

b) El Ayuntamiento niega que los defectos de la proposición económica, como el que es objeto de debate, puedan ser subsanados; en este sentido, alega también que no se trata de una irregularidad meramente formal, sino de fondo, pues se refiere a una condición especial de ejecución del contrato.



OCTAVO: El fundamento de la exclusión impugnada es la omisión de una parte del modelo de oferta económica, tal y como éste se describe en el Anexo I del PCEA. El citado modelo incluye el siguiente contenido:

«IV.- Que manifiesta expresamente haber tenido en cuenta en la elaboración de la oferta las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, en particular los convenios colectivos de aquellos sectores de actividad que resulten de aplicación en Gipuzkoa, y de protección del medio ambiente.

A estos efectos, señala que el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores y trabajadoras que realicen la actividad objeto del contrato, en caso de resultar adjudicataria, es el siguiente:.....
.....Código
identificativo del convenio:.....

Igualmente se obliga a facilitar al órgano de contratación cuanta información se requiera sobre las condiciones de trabajo que, una vez adjudicado el contrato, se apliquen efectivamente a esos trabajadores y trabajadoras.»

El análisis de la legalidad del acto impugnado debe empezar por determinar la naturaleza del dato omitido, la relevancia de su no presentación y la posibilidad de subsanación. Aunque formalmente sea parte de la oferta económica, lo cierto es que no se refiere a ninguna cuestión relativa a las condiciones económicas bajo las que el licitador desea ser adjudicatario del contrato, ni es necesario para aplicar la fórmula de valoración de dicha oferta; asimismo, el dato tampoco alude a ningún aspecto de los criterios de adjudicación no evaluables mediante fórmula, por lo que su relevancia para la correcta valoración de la proposición es nula. Respecto a la alegación del poder adjudicador de que se refiere a una condición especial de ejecución del contrato, se observa que la cláusula 17 del PCEA, titulada “Cláusula social referente a las condiciones laborales mínimas de las empresas contratistas”, establece en su apartado 2 que “los licitadores o licitadoras deberán indicar el convenio colectivo que será de aplicación a los trabajadores y trabajadoras que



realicen la actividad objeto del contrato, en el caso de resultar adjudicatarios”; la estipulación parece querer dar cumplimiento al artículo 5.2 de la Ley 3/2016 del Parlamento Vasco, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública. Esta prescripción no puede considerarse, en sentido estricto, una condición especial de ejecución del contrato, porque no establece requisitos específicos en relación con la ejecución del contrato (considerando 104 de la Directiva 2014/24); únicamente regula una obligación del licitador (no del contratista) que se cumple con la formalidad de indicar un determinado convenio, sea éste el que sea (territorial con uno u otro ámbito, de empresa, etc.). En realidad, este requisito parece estar relacionado más bien con la obligación de facilitar al poder adjudicador cuanta información se requiera sobre las condiciones de trabajo aplicadas una vez adjudicado el contrato, que también recoge el apartado 2 de la cláusula 17 del PCEA, la cual tiene la finalidad de facilitar la verificación del cumplimiento por el contratista de las obligaciones sociales recogidas en los apartados 1 y 3 de la misma cláusula 17.

A la vista de todo ello, debe considerarse que no puede aplicarse aquí el principio, alegado por la Administración, de la inalterabilidad de la oferta económica, principio que, además, está matizado respecto a su formulación tradicional por alguna jurisprudencia europea que este OARC / KEAO ha asumido (ver la sentencia del TJUE de 27/3/2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, y la sentencia del Tribunal General de la UE de 10/12/2009, asunto T-195/08, ECLI:EU:T:2009:491, así como la Resolución 006/2011 del OARC / KEAO). Por el contrario, es procedente entender que nos encontramos ante una irregularidad subsanable mediante la simple aportación del documento debatido, habida cuenta de que éste tiene una importancia nula para determinar el valor de la oferta y su entrega extemporánea en nada perjudica al principio de igualdad de trato o la libre competencia pues, al no contener dato alguno relativo a la proposición, no hay peligro de que la altere en perjuicio de otros licitadores; en cambio, excluir al recurrente por una irregularidad de estas características parece completamente desproporcionado



(ver la Resolución 049/2015 del OARC / KEAO). Todo ello conduce a entender que el poder adjudicador debió solicitar la subsanación de la citada irregularidad, lo que conduce a la estimación del recurso y a la retroacción de actuaciones.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP 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, el 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 la empresa BPXSPORT KIROLO ZERBITZUAK, S.L.U. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Gestión del programa eskola kirola 2017 – 2018”, tramitado por el Ayuntamiento de Irun, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que se le conceda un plazo de subsanación de su oferta, continuando el procedimiento de adjudicación a partir de ese momento.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada mediante la Resolución B-BN 19/2017, de 6 de septiembre de 2017.

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko urriaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de octubre de 2017