



EB 2021/168

Resolución 203/2021, de 17 de diciembre, 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 empresa ALVALOP SERVICIOS XXI, S.L.U. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de Atención Socioeducativa y Psicosocial”, tramitado por el Ayuntamiento de Azpeitia.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 27 de agosto de 2021 se presentó 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 la empresa ALVALOP SERVICIOS XXI, S.L.U. (en adelante, ALVALOP) contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de Atención Socioeducativa y Psicosocial”, tramitado por el Ayuntamiento de Azpeitia.

SEGUNDO: El día 30 de agosto se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitó, además de la copia del expediente de 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). Dicha documentación se recibió el 2 de septiembre.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 3 de septiembre, no se han recibido alegaciones.





II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa licitadora y la representación de J.A.L.A. que actúa 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 servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Se impugna la Resolución de la Alcaldesa – Presidenta de 29/7/20219, que impide formalizar el contrato ya adjudicado al recurrente. Este Órgano ya ha señalado que la denegación de la formalización es un acto impugnabile mediante el recurso especial (ver sus Resoluciones 94 y 95/2018), con base en los siguientes argumentos:

- 1) El efecto natural de la adjudicación del contrato es la formalización del mismo en favor del adjudicatario, la cual supone la perfección del contrato (artículo 27.1 del TRLCSP). De hecho, la finalidad de la reforma operada en nuestra legislación contractual por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, para introducir la perfección por la formalización (alterando así el criterio tradicional de la perfección por la adjudicación) era precisamente separar el acto por el que se selecciona, tras el correspondiente procedimiento, la oferta económicamente más ventajosa, del acto por el que se celebra el negocio jurídico, con la intención de que el primero,



que ya reúne todos los elementos que luego tendrá el contrato perfeccionado, fuera recurrible por la vía del recurso especial antes de dicha celebración o perfección.

- 2) Consecuentemente con lo expresado en el apartado 1) anterior, una Resolución como la impugnada debe entenderse incluida entre los actos de trámite recogidos en el artículo 44.2 b) de la LCSP, ya que decide “directa o indirectamente sobre la adjudicación” nada menos que privándola de su efecto más genuino, que es la formalización en favor del adjudicatario. En este sentido, es claro que la denegación ilegal o arbitraria de la formalización infringiría la legislación contractual porque impediría ilícitamente al adjudicatario obtener y ejecutar el contrato.
- 3) Esta interpretación es, además, la más consecuente con el efecto útil de la Directiva 89/665/CEE (cuya incorporación al Derecho interno son los artículos 44 y siguientes de la LCSP), según se interpreta esta norma en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268 (ver, especialmente, los apartados 26 y 27), la cual establece que todas las decisiones de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sean susceptibles de infringirlas, estarán sujetas al control jurisdiccional previsto en la citada Directiva, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción. Análogo criterio se deduce de las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, EU:C:2005:5 (apartado 28 y jurisprudencia en él citada) y de 8 de mayo de 2014, asunto C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307; esta última admite expresamente el recurso de la Directiva 89/665/CEE contra una decisión posterior a la adjudicación y anterior a la perfección del contrato.



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, el Ayuntamiento de Azpeitia tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto de Administración Pública (artículo 3 de la LCSP).

SEXTO: Motivos del recurso

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

- a) A requerimiento del Ayuntamiento, la recurrente el día 26 de julio aportó la documentación solicitada por aquél con carácter previo a la formalización del contrato. Sin embargo, el poder adjudicador, considerando que no habían quedado acreditados los medios propios y técnicos para la ejecución del contrato, concluyó que ALVALOP había retirado la oferta.
- b) Dicho acuerdo de “exclusión” no se encuentra lo suficientemente motivado de forma que pueda ser combatido de una forma eficaz, pues no se indica en que ha consistido el supuesto incumplimiento.
- c) Considera la recurrente que, en todo caso, debió dársele la posibilidad de subsanar la documentación que el órgano de contratación consideró defectuosa, pues es doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales considerar subsanable la documentación a aportar con ocasión del trámite del artículo 150.2 de la LCSP.



d) Finalmente, solicita la anulación del acuerdo por el que se resuelve considerar que ALVALOP ha retirado la oferta, y se proceda la formalización del contrato.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) El Ayuntamiento propuso como adjudicataria del contrato a la recurrente y le requirió para que aportase la documentación necesaria para la adjudicación de aquél, cuestión que fue satisfecha por ALVALOP en tiempo y forma.

b) Dado el carácter personalísimo del servicio objeto de licitación, la responsable de Servicios Sociales del Ayuntamiento intentó, sin éxito, ponerse en contacto con la persona responsable del contrato de la adjudicataria a fin de acordar la forma del traspaso de la anterior empresa a la nueva.

c) En consecuencia, y dentro de los 15 días que la LCSP establece para la presentación del recurso especial, el Ayuntamiento notificó un recordatorio a ALVALOP para que indicase una serie de datos para la ejecución del contrato con el fin de comprobar que la adscripción de medios se mantenía. Transcurrido el plazo concedido para ello, y visto que no se había aportado la documentación señalada, se realizó un requerimiento para aportar dicha documentación cuyo plazo vencía el 21 de julio, siendo el día 26 del mismo mes cuando ALVALOP presentó la documentación requerida, esto es, fuera del plazo establecido.

d) Por otro lado, analizada dicha documentación se observó que incumplía el apartado 4.2 del PPT relativo a la representación equilibrada de ambos sexos en el equipo de trabajo. Debe tenerse en cuenta que en el requerimiento se le indicó que una de las dos educadoras no iba a seguir prestando el servicio y,



por lo tanto, no se iba a subrogar por lo que debía cubrirse dicho puesto antes de la formalización.

e) Como consecuencia de todo lo anterior, el Ayuntamiento considera que la empresa adjudicataria no ha acreditado la efectiva disposición de todos los medios personales y materiales exigidos para ejecutar el contrato, lo que impide la formalización del mismo.

f) Por último, no cabe subsanar omisiones en cumplimiento del requerimiento, pues la documentación se presentó fuera del plazo establecido en el mismo.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el acto impugnado resuelve considerar que la recurrente no ha acreditado la efectiva disposición de los medios personales invocados con anterioridad, lo que impide la formalización del contrato y que, por tanto, ha de entenderse que la oferta ha sido retirada. El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación, y en el resto de documentos que constan en el expediente:

PCAP

(...)

33.-Adjudicación

33.1.-Clasificación de las ofertas y propuesta de adjudicación

1.-Una vez valoradas las ofertas, la mesa de contratación remitirá al órgano de contratación, junto con el acta, la correspondiente valoración y la propuesta de adjudicación en la que figurarán ordenadas las ofertas de forma decreciente, incluyendo la puntuación otorgada a cada una de ellas por aplicación de los criterios indicados en el apartado 19 del cuadro de características e identificando la que presente mejor relación calidad-precio.

(...)

33.2.- Presentación de la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos por la licitadora que haya presentado la oferta con mejor relación calidad-precio



1.- Aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán a la licitadora qué haya presentado la mejor oferta para que en el plazo de 10 días hábiles a contar desde el siguiente a aquel en el que haya recibido el requerimiento, presente la documentación que se relaciona como necesaria para adjudicar el contrato.

(...)

3.- De no cumplimentarse adecuadamente, y en el plazo establecido, la presentación de la documentación referida en los dos apartados anteriores, se entenderá que la licitadora ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido.

En el supuesto señalado en el párrafo anterior se procederá a recabar la misma documentación a la licitadora siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas (art. 150.2 LCSP).

(...)

33.4.; Adjudicación

1.- El órgano de contratación deberá adjudicar el contrato dentro de los 5 días hábiles siguientes a la recepción de la documentación a la que se refiere la cláusula 33.2 (versión euskera).

(...)

5.- En todo caso, en la notificación y en el perfil del contratante se indicará el plazo en que debe procederse a su formalización conforme a lo dispuesto en el artículo 153 de la LCSP.

PPT

4. REQUISITOS HUMANOS Y MATERIALES

REQUISITOS HUMANOS

4.2. Composición

El equipo que trabajará directamente en el desarrollo del servicio estará compuesto por:

- Dos personas educadoras, con representación equilibrada de ambos sexos.

A la vista de lo anterior y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la impugnación, las cuales concluyen en la estimación del recurso:



a) Sobre el *iter* procedimental para la formalización del contrato y su cumplimiento por el recurrente

A juicio de este Órgano, la denegación de la formalización no se ajusta a la LCSP, por lo que el recurso debe estimarse por los motivos que se resumen a continuación:

- 1) Una vez determinado por la Mesa de Contratación el licitador que ha presentado la mejor oferta, y aceptada su propuesta por el órgano de contratación, procede, en virtud el artículo 150.2 de la LCSP, solicitar a éste, entre otra documentación, la relativa a disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2. (...) De no cumplirse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta (...). Consta en el expediente el compromiso de adscripción de dos educadores/as, 1 Psicólogo/a y 1 responsable del equipo firmado por el Administrador único de ALVALOP (páginas 204-205) y, sobre todo, la Resolución de adjudicación del contrato de 16 de junio en la que se señala: (...) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150.2 de la LCSP, con fecha 5 de mayo de 2021 se concedió a ALVALOP SERVICIOS XXI, S.L. un plazo de 10 días hábiles para presentar la documentación necesaria requerida en la adjudicación del contrato. ALVALOP SERVICIOS XXI, S.L. presentó la documentación solicitada el 19 de mayo de 2021 y una vez examinada, se ha considerado adecuada. Por ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 158 de la LCSP y en las Condiciones Administrativas Particulares aplicables al contrato, se procederá a la adjudicación del contrato (...). Es decir, la recurrente cumplió adecuadamente, en palabras del propio Ayuntamiento, con el trámite señalado por el artículo 150.2 de la LCSP y, en particular, con la obligación de presentar la documentación justificativa de disponer de los medios que se había comprometido a dedicar o a adscribir a la ejecución del contrato; consecuentemente, se le adjudicó el citado contrato.



- 2) Dado que ni la LCSP ni los pliegos establecen ningún otro trámite preceptivo o requerimiento documental previo a la formalización, se debió proceder, respetando los plazos establecidos, a la formalización del contrato en favor del recurrente (artículo 153 de la LCSP). La falta de respuesta satisfactoria del recordatorio y del requerimiento posterior del poder adjudicador para que el recurrente (ya adjudicatario) presentase los datos de identidad de los educadores y el psicólogo/a adscritos, del coordinador técnico y de la persona responsable del contrato, o para que cumpliera la obligación de ponerse en contacto con la responsable del contrato del Ayuntamiento, no equivale a la retirada la proposición ni permite la denegación de la formalización al legítimo adjudicatario; tales gravísimas consecuencias no tienen amparo en los artículos 150.2 y 153.4 de la LCSP (este último, invocado por el órgano de contratación).
- 3) Según el artículo 41.1 de la LCSP, la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC). En realidad, bajo la apariencia de una falta de formalización imputable al adjudicatario, cuya oposición a suscribir el documento correspondiente no consta, el poder adjudicador, de hecho, ha dispuesto la revocación de la adjudicación sin sujetarse al procedimiento legalmente establecido para ello, lo que implica su invalidez (ver, por ejemplo, las Resoluciones 40/2015 y 125/2020 del OARC / KEAO).
- 4) Finalmente, debe indicarse que el propio poder adjudicador al solicitar dicha información indica que se realiza a los efectos de ejecución del contrato. Sin embargo, la comprobación del cumplimiento o no de los compromisos contractuales solo puede verificarse una vez se inicie el contrato, esto es, en fase de ejecución del mismo. Por ello, no cabe apreciar de forma previa el presunto incumplimiento de la composición



del equipo de trabajo en lo relativo a la representación equilibrada de ambos sexos que exige el apartado 4.2 del PPT como motivo para la no formalización del contrato, ni exigir que la empresa identifique ya las concretas personas, acudiendo a trámites y plazos procedimentales inexistentes, cuya procedencia se intenta justificar por el carácter personalísimo del objeto del contrato y en las fechas vacacionales en el que debía iniciarse.

b) Conclusión

Dado que, según lo expresado anteriormente, la documentación presentada por la recurrente justificaba la disposición de los medios que se había comprometido a adscribir a la ejecución del contrato en los términos establecidos en los pliegos, el recurso ha de ser estimado, de forma que debe anularse el acuerdo de la Junta de Gobierno de 16 de febrero de 2021 por la que se entendía retirada la oferta de ALVALOP y se adjudicaba el contrato a la ASOCIACIÓN DE INTERVENCIÓN SOCIOEDUCATIVA KALEXKA, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado del acto anulado.

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 el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la empresa ALVALOP SERVICIOS XXI, S.L.U. (en adelante, ALVALOP) contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de Atención Socioeducativa y Psicosocial”, tramitado por el Ayuntamiento de Azpeitia, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que se prosiga el trámite previsto en el artículo 153 de la LCSP.

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

TERCERO: Requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este órgano de las actuaciones llevadas a cabo para la ejecución de la presente Resolución, según dispone el artículo 57.4 de la LCSP.

CUARTO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación

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

Vitoria-Gasteiz, 2021eko abenduaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de diciembre de 2021