



EB 2021/060

Resolución 096/2021, de 4 de junio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titulararena, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ARREGI ETXABE JUAN JOSÉ, S.A. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de gestión del papel y cartón procedentes de la recogida selectiva”, tramitado por Servicios de Txingudi, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 8 de abril de 2021 se 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ARREGI ETXABE JUAN JOSE S.A. (en adelante, ARREGI) frente a su exclusión del contrato de “Servicio de gestión del papel y cartón procedentes de la recogida selectiva”, tramitado por Servicios de Txingudi, S.A.

SEGUNDO: El 9 de abril este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y 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 día 13 de abril.





TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 13/2021, de 15 de abril, se acordó la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 15 de abril, la empresa SAICA NASTUR NORTE, S.L. (en adelante, SAICA) ha presentado alegaciones el día 21 del mismo mes.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.C.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 superen los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2. b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «b) 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, Servicios de Txingudi, S.A. (TXINZER) tiene la condición de poder adjudicador, pero no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

Los argumentos del recurso, en síntesis, son los siguientes:

a) El recurrente ha sido excluido del procedimiento de adjudicación por haber incumplido el requisito establecido en la cláusula 13, párrafo 5º del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP) que dispone que, cuando se presenta la proposición en una oficina de Correos, se debe anunciar a TXINZER la remisión de la oferta mediante télex, fax, telegrama o correo electrónico en el mismo día. La recurrente depositó su oferta en Correos el día 11 de marzo, dentro del plazo de presentación de ofertas que finalizaba dicho día a las 23.59 horas, y remitió la comunicación por correo electrónico el día 12 a las 9:53 horas.

b) ARREGI considera que la inadmisión de su oferta por ese motivo es una interpretación excesiva de la cláusula 13 del PCAP citada, por cuanto el concepto “el mismo día” puede entenderse extendido a las 24 horas siguientes a la imposición de la oferta en la oficina de correos, por lo que el envío del correo electrónico el día 12 de marzo a las 9.53 horas debe entenderse que se encuentra dentro del mismo día en el concepto de tiempo (24 horas), todo ello



siguiendo los principios de concurrencia competitiva y antiformalista que deben regir en las licitaciones.

c) Por otro lado, la recurrente considera que el hecho de que la licitación no se haya realizado por medios electrónicos supone incurrir en una causa de nulidad de pleno derecho de conformidad al artículo 39.1 de la LCSP, lo que le permite presentar el denominado “recurso indirecto” contra los pliegos.

d) Finalmente, solicita la anulación del acto impugnado y que se retrotraigan las actuaciones al momento previo a la inadmisión de la oferta y, subsidiariamente, que se anule la licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones de SAICA

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso por los siguientes motivos:

a) Los pliegos exigen el cumplimiento de dos requisitos para el supuesto de que el licitador presente la oferta por medio postal, a saber: (i) que la oferta se presente dentro del plazo establecido y (ii) que el mismo día (no en las 24 horas siguientes) se comuniquen al órgano de contratación dicha circunstancia.

b) En el supuesto que nos ocupa, la recurrente comunicó el día siguiente al de la presentación de la oferta, la cual se efectuó el último día del plazo establecido, por lo que al incumplir uno de los dos requisitos la consecuencia inevitable es la inadmisión de la oferta.

c) Respecto de la nulidad de la licitación convocada que ha sido solicitada por ARREGI, debe señalarse que por regla general no cabe el recurso indirecto contra los pliegos, salvo cuando se dan ciertos requisitos como (i) que el vicio alegado no hubiera podido ser detectado en el momento de aprobación de los pliegos y (ii) que sea en un momento posterior de la licitación cuando se evidencia dicha nulidad, circunstancias que no se dan en el presente caso. Tampoco existe una resolución arbitraria de la administración a la hora de



determinar la exclusión de ARREGI, pues esta viene derivada de lo establecido en el pliego.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación parcial del recurso por las siguientes razones:

- a) Considera TXINZER que cabe admitir la interpretación que hace la recurrente respecto al término el “mismo día”, por lo que no se opone a su estimación.
- b) Sin embargo, muestra su disconformidad respecto de la petición subsidiaria de anulación de la licitación, pues supondría un perjuicio para los dos licitadores y el interés público.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación; en concreto, el contenido relevante para el caso es el siguiente:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

13 PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES, PLAZO Y DOCUMENTACIÓN

La presentación de proposiciones presupone la aceptación incondicional por el licitador de la totalidad del presente pliego, del Pliego de Prescripciones Técnicas y restante documentación contractual, sin salvedad alguna, así como la declaración responsable de la exactitud de todos los datos presentados.

La documentación estará disponible y será accesible por medios electrónicos, en el perfil del contratante de la sociedad (en la dirección web www.txinzer.eus).

Para participar en la presente licitación, los licitadores deberán presentar sus ofertas en las oficinas de TXINZER sitas en IRUN, c/ Juncal, 26- Bajo (CP 20304), en horario de Registro (de lunes a viernes, de 8:30 a 14:15 h.) dentro del plazo que se indique en el anuncio de licitación y que en ningún caso será inferior a 35 días naturales desde el envío del anuncio de licitación al



Diario Oficial de la Unión Europea. Si el último día del plazo fuera inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

La referida limitación horaria para la presentación de proposiciones no será de aplicación cuando las proposiciones sean remitidas por correo, en cuyo caso, podrá realizarse la presentación a cualquier hora del último día del plazo de presentación de proposiciones, siempre que se cumplan los requisitos indicados en el apartado siguiente.

En el caso de que la parte licitadora envíe su proposición por correo, deberá justificar la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciar a TXINZER la remisión de la oferta mediante télex, fax (al número siguiente: 943639700) o telegrama urgente el mismo día. Asimismo, podrá remitirse el anuncio de envío mediante correo electrónico (a la dirección siguiente: txingudi@txinzer.eus) El envío del anuncio por correo electrónico sólo será válido si existe constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones, y se identifica fidedignamente al remitente y al destinatario. En este supuesto, se procederá a la obtención de copia impresa y a su registro, que se incorporará al expediente.

Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la documentación si es recibida con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo señalado en el anuncio.

En síntesis, el recurso se basa en que el envío del anuncio de presentación de la proposición en Correos se hizo en el plazo de 24 horas que tiene un día, por lo que la inadmisión de la oferta por extemporáneas debe ser revocada. Por otro lado, y de forma subsidiaria se presenta un recurso indirecto contra los pliegos achacándoles un vicio de nulidad de pleno derecho. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre las cuestiones debatidas, comenzando por determinar las consecuencias de las alegaciones del poder adjudicador, ya que reconoce la pretensión principal del recurrente.

a) Sobre la aceptación por el poder adjudicador de la viabilidad del recurso.

Debe señalarse que la aceptación por el poder adjudicador de la pretensión principal del recurso no significa un allanamiento que obligue a este Órgano a declarar la admisión de la recurrente en la licitación por (ver, por ejemplo, el artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – administrativa, LJCA), ya que no constan los requisitos propios



de esta figura (órgano competente, procedimiento, etc.). Por otro lado, incluso en el caso de que el poder adjudicador pretendiera efectivamente un allanamiento, el procedimiento continuaría a la vista de la oposición del adjudicatario impugnado (ver, por analogía, el artículo 75.3 de la LJCA). Consecuentemente, deben considerarse los argumentos del informe de respuesta al recurso como una alegación más de las que deben tenerse en cuenta por el OARC / KEAO para la resolución de la impugnación.

b) Sobre la presentación de la proposición en Correos

La cláusula 13 del PCAP transcrita, firme por consentida, vincula tanto al poder adjudicador como a los licitadores. Dicha disposición establece dos requisitos para admitir las proposiciones que se presenten en las oficinas de Correos: (i) que la oferta se presente dentro del plazo establecido y (ii) que el mismo día se comunique al órgano de contratación por las vías indicadas dicha presentación. A juicio de este órgano, la recurrente ha incumplido este último requisito, por lo que la inadmisión de oferta se ajusta a derecho. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el anuncio mediante fax, telegrama o correo electrónico puede efectuarse hasta las doce de la noche del día en el que se presenta la oferta en Correos. En el supuesto que ahora nos ocupa es un hecho no discutido que el poder adjudicador recibió en la dirección de correo electrónico establecida en los pliegos el justificante de envío de la oferta por Correos el día siguiente al de la presentación de la oferta, que fue el último del plazo de presentación de ofertas. En concreto, en lo referente a las alegaciones efectuadas por ARREGI,

- (i) no puede ser aceptada la relativa a que la expresión “mismo día” puede interpretarse como concepto de tiempo que abarca las 24 horas siguientes al de la presentación, porque el tenor literal (interpretación preferente, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Código Civil) de dicha acepción nos refiere al día igual (mismo) al que se presenta en la oficina de Correos la oferta. Es decir, para aceptar la interpretación del recurrente, el legislador (artículo 80.4 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las



Administraciones Públicas), o en este caso, el poder adjudicador a través de los pliegos (Cláusula 13 del PCAP) deberían haber establecido, por ejemplo, que el anuncio podía ser enviado en el “plazo máximo de un día” desde su presentación, entendido el término día como las siguientes 24 horas.

- (ii) En cuanto a la doctrina que cita el recurrente, en concreto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 635/2001, de 19 de junio, no puede ser aplicada a este supuesto, ya que en dicho pronunciamiento concurre un elemento diferente y es que el anuncio sí fue remitido dentro del plazo de presentación de ofertas.
- (iii) Por último, debe tenerse en cuenta que como señala la Resolución 639/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 10 de julio de 2015: "Pues bien, ni el TRLCSP (la LCSP, actualmente tampoco) ni las normas reglamentarias vigentes prevén excepciones para que se admitan proposiciones fuera de los plazos previstos en el anuncio de licitación o sin cumplir los requisitos para su envío por correo". En este mismo sentido, se ha pronunciado el OARC en las Resoluciones 22/2012 y 48/2018 estableciendo que “Cuando en el anuncio o en el PCAP está fijada la hora de presentación de la documentación y ésta “se envíe por correo”, el envío deberá realizarse dentro del plazo de admisión señalado en el anuncio. El empresario además deberá justificar la fecha de imposición del envío en la oficina de correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante télex, fax o telegrama en el mismo día. Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la documentación si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo señalado en el anuncio (Informe 61/07, de 24 de enero¹).

En conclusión, el recurrente no ha cumplido con uno de los dos requisitos exigidos en el pliego para la presentación de las proposiciones en las oficinas de Correos, por lo que este motivo impugnatorio debe ser desestimado.

¹ Informe 61/07, de 24 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.



c) Sobre el recurso indirecto

La recurrente plantea un “recurso indirecto” contra los pliegos por considerar que estos son nulos de pleno derecho por infringir la Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP sobre tramitación electrónica del procedimiento. El análisis de esta cuestión comenzará por la exposición de la doctrina general de este Órgano sobre el alcance y límites de dicha figura para, a continuación, analizar su concurrencia.

b 1) Doctrina general

De las resoluciones de este Órgano se deduce la siguiente doctrina (ver, por ejemplo, la Resolución 85/2020, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 22/3/2021, ECLI:ES:TS:2021:1196 (que confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15/5/2019, ECLI:ES: TSJPV:2019:1674, y la Resolución 139/2017 del OARC / KEAO) y de 24/3/2021, ECLI: ESTS:2021:1199:

- 1) La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial o la reclamación una vez que no se han interpuesto en el plazo previsto para ello, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina, tradicional en nuestro Ordenamiento, ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones



anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.

2) La citada regla general admite dos excepciones:

- El TJUE parte de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación o la exclusión, pueden recurrirse aquéllas en el plazo previsto para impugnar dichos actos; ese es, por ejemplo, el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58). El núcleo de la figura, tal y como la ha delimitado la jurisprudencia del TJUE, radica en proteger a los licitadores del daño que les causa un acto del poder adjudicador (como la exclusión del interesado o la adjudicación a otro operador económico) que está amparado por una regla de los pliegos que no fue objeto de recurso en el momento procesal oportuno y cuyo carácter perjudicial no pudo ser racionalmente percibido en dicho momento por un licitador normalmente diligente. Se trata de un remedio de la insuficiencia del plazo preclusivo para garantizar la protección efectiva de los intereses de las empresas. Consecuentemente, la admisibilidad del recurso indirecto exige, como fundamento previo, un acto del procedimiento perjudicial para el recurrente y una cláusula de la documentación contractual que lo ampare, que es precisamente la que se recurre por vía indirecta.



- La jurisprudencia del Tribunal Supremo citada más arriba admite también el recurso indirecto para la impugnación de cláusulas de los pliegos afectadas de vicios que conlleven nulidad de pleno derecho (artículo 47.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).

3) En cualquier caso, debe probarse la concurrencia de las causas que facultan el recurso indirecto, que deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva (ver las sentencias del Tribunal Supremo citadas).

b 2) Sobre la admisibilidad del recurso indirecto en el caso analizado

Trasladada esta doctrina al presente supuesto, este OARC / KEAO considera, por un lado, que la redacción de dicha cláusula no resulta oscura o ambigua, por lo que pudo recurrirse en el plazo concedido para la impugnación de los pliegos y, por otro, que, si bien la tramitación no electrónica establecida en el PCAP (cláusula 13ª, más arriba transcrita) podría incurrir en el vicio de nulidad de pleno derecho por vulneración de la letra e) del artículo 47 de la Ley 39/2015, dicha forma de presentación de las ofertas no ha provocado perjuicio alguno al recurrente, pues no ha sido ésta la que motivó la exclusión de su oferta que ahora se impugna. Es decir, no basta con la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho en el procedimiento, sino que se hace necesario que dicha causa provoque un daño al recurrente (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20/1/2016, nº 7/2016, ECLI: ES: TSJPV: 2016:219 y el artículo 48 de la LCSP). Por el contrario, en el presente supuesto, la recurrente ha hecho uso de esa cláusula hasta al punto de presentar su proposición en papel en la oficina de Correos (sin tener que acudir presencialmente a las oficinas de TXINZER), por lo que no cabe aceptar la alegación de que su perjuicio se deriva de la obligación de remitir el anuncio el mismo día, cuyo incumplimiento es únicamente achacable a ARREGI. Tampoco resulta aceptable de un operador económico plantear ahora la nulidad de la licitación derivada de una cláusula de la que se ha



beneficiado previamente. Consecuentemente, este argumento impugnatorio también 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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial por la mercantil ARREGI ETXABE JUAN JOSÉ, S.A. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de gestión del papel y cartón procedentes de la recogida selectiva”, tramitado por Servicios de Txingudi, S.A.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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, 2021eko ekainaren 4a

Vitoria-Gasteiz, 4 de junio de 2021