



EB 2019/005

Resolución 044/2019, de 26 de febrero, 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 mercantil ELAI SERBITZUAK, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de conservación, mantenimiento y limpieza de zonas verdes, parques, jardines y arbolado de paseos existentes en Eskoriatza”, tramitado por el Ayuntamiento de Eskoriatza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de enero de 2019, la mercantil ELAI SERBITZUAK, S.L. (en adelante, ELAI) 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 contra la adjudicación del contrato de “Servicio de conservación, mantenimiento y limpieza de zonas verdes, parques, jardines y arbolado de paseos existentes en Eskoriatza”, tramitado por el Ayuntamiento de Eskoriatza.

SEGUNDO: El día 7 de enero se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y 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 en el registro del OARC / KEAO el día 11 de enero.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 14 de enero, se han recibido el 21 de enero las alegaciones de FERROVIAL SERVICIOS, S.A. (en adelante, FERROVIAL), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la legitimación del recurrente y la representación de D. S.A.A, que actúa en su nombre

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Eskoriatza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 LCSP).



SEXTO: Alegaciones del recurso

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

- a) Improcedencia de asignación de dos puntos a la adjudicataria por el concepto estar incluida en el Registro Oficial de Productores y Operadores (en adelante, ROPO), ya que el certificado que acredita dicho extremo se ha presentado de forma extemporánea tras un requerimiento de subsanación-aclaración, lo que contraviene el principio de igualdad de trato y el carácter esencial del plazo de presentación de ofertas. La estimación de este motivo impugnatorio conduciría a la eliminación de dos puntos de la puntuación total de FERROVIAL y conllevaría la adjudicación del contrato en favor de ELAI.
- b) Subsidiariamente, se solicita que se permita a la recurrente subsanar el hecho de no haber incluido una tabla de emisiones del vehículo en el sobre de los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor (Sobre C), en virtud del principio de igualdad de los licitadores, ya que, como se ha señalado anteriormente, la adjudicataria ha tenido la posibilidad de subsanar una parte de la oferta técnica y que se reconozca, como situación jurídica individualizada, el derecho de ELAI a que se le asignen hasta 3 puntos, mediante juicios de valor, por este concepto.
- c) Finalmente, se solicita la anulación de la resolución de adjudicación, reconociendo el derecho de ELAI a ser la adjudicataria de este contrato.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente:

- a) La aclaración-subsanación requerida a FERROVIAL no ha supuesto una presentación extemporánea del certificado de inscripción de la empresa en el ROPO, ya que en ningún momento supuso una modificación de la oferta sino,



más bien, la constatación de una circunstancia que ya concurría en el momento de licitar.

b) La solicitud realizada por la recurrente de que se le dé la posibilidad de subsanar su omisión al no haber incluido una tabla de mediciones de la flota de los vehículos, sí que implicaría una presentación extemporánea de un documento que supondría, a su vez, una modificación de la oferta.

c) La posibilidad de solicitar aclaraciones, no solo de la documentación general sino de la que conforma la oferta, está avalada por la jurisprudencia, siempre que no suponga una modificación de la oferta.

OCTAVO: Alegaciones de la adjudicataria impugnada

FERROVIAL alega lo siguiente:

a) La aclaración de la oferta requerida por el poder adjudicador no ha conllevado ninguna modificación de la misma sino la constatación de una circunstancia que ya concurría en el momento de licitar. Y ello, porque FERROVIAL lleva inscrita en el Registro pertinente desde el año 2003 y con el mismo número autonómico.

b) Como consecuencia de la promulgación del Real Decreto 1311/2012, de 14 de septiembre, se crea el ROPO y se suprime el Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Plaguicidas (en adelante, ROESP), siendo absorbido por aquél, ya que los datos que constasen en el ROESP se inscribirán de oficio en el ROPO. Se trata, por tanto, de un cambio de denominación del registro que expide los dos certificados aportados.

c) En cuanto a la vigencia del certificado aportado junto con la oferta, debe señalarse que el mismo tiene una validez de diez años, por lo que siendo el mismo del año 2013 se encontraba vigente a la fecha final de presentación de la oferta.



d) No existe vulneración del principio de igualdad entre los licitadores por el hecho de que no se le dé a la recurrente la oportunidad de subsanar la no inclusión en su oferta de una tabla de emisiones, ya que la situación de ambas licitadoras no es la misma; mientras la adjudicataria aportó una documentación que generó una duda en cuanto a su vigencia, la recurrente no aportó determinada documentación exigida para su valoración.

e) Finalmente, solicita la desestimación íntegra del recurso.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de estas cuestiones debe partir del siguiente contenido de los pliegos, que rigen la licitación por no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculando al órgano de contratación y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

CLÁUSULA 16ª. Criterios de adjudicación

3.- Si alguna empresa licitadora no aportara la documentación relativa a los criterios de adjudicación que no se valorasen por aplicación de fórmulas aritméticas la proposición de dicha empresa no será valorada respecto del criterio de que se trate. (...).

4-Criterios de adjudicación

4.1. CRITERIOS CUANTIFICABLES DE FORMA AUTOMÁTICA: Hasta 70 puntos

Oferta técnica: hasta 19 puntos.

Plan integral de plagas: Hasta un máximo de 8 puntos, de los cuales: (...), Empresa inscrita en el ROPO (2 puntos) (...).

4.2. CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR: hasta 30 puntos

Oferta técnica: hasta 30 puntos.

Los puntos correspondientes a la oferta técnica se repartirán de la siguiente forma:

Maquinaria: Hasta un máximo de 15 puntos, de los cuales: (...), Emisiones de flota de vehículos dentro de los límites de emisión marcados, hasta un máximo de 3 puntos (...)

CLÁUSULA 18ª. Aclaración de ofertas

El órgano de contratación o la mesa de contratación podrán solicitar a la licitadora aclaración sobre la oferta presentada o si hubiere de corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma, siempre que se respete el principio de igualdad de trato y sin que



puedan, en ningún caso, modificarse los términos de la oferta. De todo lo actuado deberá dejarse constancia documental en el expediente (art.95 LCSP).

a) Sobre la posibilidad de solicitar aclaraciones a la oferta técnica

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 28 de febrero de 2018, C-523/16 ECLI: EU:C:2018:122, apartados 49 al 53, resume de una forma concisa los requisitos que debe reunir la aclaración de una oferta a fin de no ser considerada contraria al derecho europeo. Así, (i) no se permite admitir cualesquiera rectificaciones de las omisiones que, según lo dispuesto expresamente en los documentos del contrato, deben llevar a la exclusión del licitador; (y ii) es posible que los datos relativos a la oferta de un licitador puedan corregirse o completarse de manera puntual, en particular cuando sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos:

- 1) La aclaración no puede paliar la falta de un documento o de alguna información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación.
- 2) La petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta.
- 3) Conforme al principio de proporcionalidad, las medidas adoptadas no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo.
- 4) Igualdad de trato con todos los licitadores y petición de aclaración solo cuando se conocen todas las ofertas.

b) Sobre el certificado aportado por la adjudicataria en fase de aclaración-subsanación

Sentado lo anterior, procede analizar si el certificado aportado por Ferrovial a requerimiento del poder adjudicador supone una mera aclaración del



presentado junto con la oferta o, por el contrario, es una modificación de la misma. En este sentido, debemos analizar, en primer lugar, la normativa que regula el ROPO. Este registro se crea mediante el Real Decreto 1311/2012, de 14 de setiembre, que, en lo que al presente recurso se refiere, establece lo siguiente: En la parte expositiva se señala que (...) *se regula el Registro Oficial de Productores y Operadores fitosanitarios, sobre la base del anterior Registro de Establecimientos y Servicios Plaguicidas, creado por la Reglamentación Técnico-Sanitaria aprobada por Real Decreto 3349/1983, de 30 de noviembre, del que ya se ha segregado el Registro de Establecimientos y Servicios Biocidas, creado por el Real Decreto 1054/2002, de 11 de octubre, por el que se regulan el registro, autorización y comercialización de biocidas. El actual Registro de Establecimientos y Servicios Plaguicidas se suprime por la disposición derogatoria del presente real decreto, integrándose los datos en él existentes en el citado Registro Oficial. En el artículo 44.8 se dispone que El plazo de validez de los certificados de inscripción no será superior a diez años y, al menos con un mes de antelación a su caducidad, los solicitantes deberán solicitar su renovación sin aportar otra información que una nueva declaración conforme a lo referido en el apartado 3.b), que incluirá la debida actualización de la formación. Y en su Disposición Transitoria Segunda se determina que Los establecimientos inscritos en el Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Plaguicidas en la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto, y que por la actividad que desarrollan deban estar inscritas en el Registro, serán inscritos en éste de oficio, quedando enmarcadas en la sección del artículo 43.2 que les corresponda.*

En segundo lugar y, una vez determinado el marco jurídico previo del registro cuya certificación de inscripción es criterio de adjudicación, procede analizar los certificados aportados por la adjudicataria. FERROVIAL presentó, primeramente, en el sobre C una renovación provisional del certificado del ROESP de la Comunidad de Madrid, con el nº de registro AVS34, de fecha 21 de mayo de 2013, por el que se acreditaba su inscripción en dicho registro. Posteriormente y, a requerimiento del poder adjudicador, presentó un segundo certificado de la unidad responsable de la gestión del ROPO de la misma comunidad autónoma en el que se acredita que figura inscrita en el mismo con el nº AVS-34. A juicio de este Órgano, aunque desde un punto de vista formal nos encontremos con dos documentos distintos y presentados en momentos diferentes, desde un punto de vista material el contenido es el mismo. Esto es, la empresa certificada es la misma, el número de registro es el mismo, el



segundo no prolonga la vigencia del primero, y el Registro en el que está inscrita actualmente (ROPO) es el sucesor *ope legis* del anterior (ROESP). Es decir, nos encontramos ante una mera aclaración de un documento presentado junto con la oferta que no aporta nada nuevo respecto de aquél, por lo que no puede constituir una nueva oferta, de tal modo que no hay infracción del principio de igualdad de trato. En definitiva, atendiendo tanto a la parte expositiva como a la dispositiva del Real Decreto 1311/2012, el documento aportado por Ferrovial de fecha 21/5/2013, junto con su oferta, acreditaba que se encontraba inscrita en el ROPO por mandato reglamentario y que dicha inscripción se encontraba vigente en ese momento, por lo que el segundo certificado únicamente ha acreditado la veracidad del primero. Por todo ello, debe desestimarse este motivo impugnatorio.

c) Sobre la solicitud subsidiaria de la recurrente de que se le permita subsanar la omisión de un documento a incluir en la oferta técnica

Subsidiariamente, y para el supuesto que se desestimase su pretensión principal, como de hecho así ha ocurrido, solicita la recurrente que se le permita subsanar el no haber incluido una tabla de emisiones del vehículo en el sobre C. Dicha alegación no puede aceptarse. A este respecto, es doctrina constante de este Órgano y del resto de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales que, como regla general, nuestro Ordenamiento sólo concibe la subsanación en el sentido de que se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo. Téngase en cuenta que, en el presente caso, el licitador aportaría una información nueva, que no figura ni siquiera de forma indirecta en su oferta, y que será tomada como base para la ponderación de uno de los criterios de adjudicación. A juicio de este OARC/KEAO, facilitar información nueva sobre un aspecto de la oferta y que esta información constituya la base sobre la que se pondera el subcriterio emisiones de vehículos, equivale a conceder a uno de los licitadores la oportunidad de recomponer los datos de su oferta, lo cual constituye una negociación de los términos de la oferta contractual, y esta posibilidad se halla terminantemente prohibida en el procedimiento de



adjudicación abierto (art. 156 LCSP), además de ser contrario al principio de igualdad de trato proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 132 de la LCSP y la jurisprudencia europea reseñada. Téngase en cuenta que estimar esta petición supondría conceder al recurrente un plazo adicional para reformular su oferta una vez conocida la de su competidor.

En el supuesto analizado no se observa el trato desigual o discriminatorio que reclama la recurrente, dado que la situación de ésta no es la misma que la anteriormente analizada de la adjudicataria impugnada, ya que son dos supuestos distintos: por un lado, nos encontramos ante la presentación de un documento adicional que no altera ni modifica el contenido y alcance del certificado presentado inicialmente de forma válida y conforme a lo exigido en los pliegos del contrato y, por otro, con la solicitud de completar un aspecto de la oferta contractual que no se incluyó en la propuesta original (las emisiones de flota de vehículos es un criterio de adjudicación evaluable mediante juicios de valor). Por ello, debe desestimarse la presente alegación.

d) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe desestimarse.

En su virtud, y 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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ELAI SERBITZUAK, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de conservación, mantenimiento y limpieza de zonas



verdes, parques, jardines y arbolado de paseos existentes en Eskoriatza”, tramitado por el Ayuntamiento de Eskoriatza.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

CUARTO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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

Vitoria-Gasteiz, 2019ko otsailaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de febrero de 2019