



EB 2016/083

Resolución 093/2016, de 27 julio de 2016, 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 interpuesto por UNI2 SERVICIOS INTEGRALES, S.A. frente a su exclusión de la licitación del contrato de “Servicio de limpieza y mantenimiento de diversos edificios y mobiliario municipal del Ayuntamiento de Villabona”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 20 de junio de 2016 la empresa UNI2 SERVICIOS INTEGRALES, S.A. (en adelante, Uni2) 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 frente a su exclusión de la licitación del contrato de “Servicio de limpieza y mantenimiento de diversos edificios y mobiliario municipal del Ayuntamiento de Villabona”.

SEGUNDO: El mismo día de su interposición se trasladó el recurso al poder adjudicador, que remitió el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) el día 24 de junio de 2016.

TERCERO: El día 28 de junio de 2016 se solicitaron alegaciones a los interesados en el procedimiento. Transcurrido el plazo otorgado, no se ha recibido ninguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don H. N.V. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos sujetos a regulación armonizada. En el presente caso se trata de un servicio de la categoría 14 del (Servicios de limpieza de edificios y servicios de administración de bienes raíces) Anexo II del TRLCSP, que tiene un valor estimado de 1.459.678,14 €.

TERCERO: El acto recurrido es el Acuerdo adoptado el 3 de junio de 2016 por la Mesa de Contratación, que excluye al recurrente de la licitación del contrato (artículo 40.2 b) TRLCSP).

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

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

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Cuestiona la legalidad de la cláusula 22 del PCAP, que considera claramente discriminatoria, por hacer referencia a que el proyecto se presentará en euskera o en bilingüe, dando prioridad al euskera. Apoya su parecer en la Sentencia 70/2015, de 12 de marzo del Juzgado nº 3 de Vitoria-Gasteiz.

Reconoce el recurrente que los pliegos del contrato no han sido impugnados, lo que, en principio, convalidaría su invalidez y obligaría al poder adjudicador y a



los licitadores a acatar su contenido; pero añade que esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen la nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y que la cláusula 22 infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución.

Solicita la declaración de nulidad del PCAP en lo relativo al informe en el que presentar la oferta técnica y la nulidad de todo el proceso de licitación.

b) Contradicción en lo relativo a la lengua de presentación de proyectos. Nulidad o anulación de la exigencia de presentación de la oferta técnica en euskera (el pliego da dos opciones: euskera y castellano o solo euskera y el anuncio del DOUE da dos opciones: español o euskera).

El pliego no establece de forma clara la obligatoriedad de presentar el proyecto en una lengua determinada. Además solo se hace mención al idioma en relación al proyecto técnico, y no al resto de la documentación. Tampoco se establece la consecuencia de no presentar la oferta como establece la cláusula 22 del PCAP.

Afirma que han presentado parte de la documentación en castellano y parte en euskera al interpretar que según lo establecido en el DOUE se podía redactar el proyecto en una lengua u otra, y que en modo alguno la consecuencia de no presentar el proyecto en euskera podía ser motivo de exclusión.

Solicita que si el procedimiento no fuera declarado nulo en base a la primera alegación, con carácter subsidiario, se anule el acuerdo impugnado que supone la exclusión de UNI2, con retroacción del expediente al momento de realizar la correspondiente valoración de su oferta, y si esta retroacción no se pudiera realizar por tener conocimiento de las proposiciones económicas del resto de empresas que han concurrido a la licitación, se decrete la nulidad de todo el expediente de contratación.



c) Subsanación del defecto. Considera que en aplicación de la doctrina antiformalista una oferta válida no debería ser excluida cuando el defecto sea subsanable.

Frente al argumento contrario a la subsanación de las ofertas técnicas, opone que:

i) La oscuridad o ambigüedad de una cláusula no puede servir de fundamento para excluir a un licitador.

ii) En el pliego no se contemplaba como causa de exclusión la no presentación en euskera, y que es importante desde el punto de vista de la transparencia que las reglas sean claras y conocidas por todos los interesados.

iii) El conocimiento tanto del euskera como del español por el órgano de contratación le permitirá fácilmente comprobar que no se han producido cambios de contenido en la parte subsanada, y el hecho de que una de las opciones fuera euskera/castellano así lo evidencia.

Solicita que si el procedimiento no fuera declarado nulo en base a las dos primeras alegaciones, se decrete la nulidad de todo el expediente de contratación.

d) En base a lo expuesto en los apartados anteriores, solicita:

i) Anular y dejar sin efecto el acuerdo de 3 de junio de 2016 del Ayuntamiento de Villabona.

ii) Declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula 22 del PCAP, que hace referencia a la lengua en la que presentar el contenido del sobre “B”, y por tanto, la anulación del expediente completo.



iii) De forma subsidiaria, admitir la oferta de UNI2 al haber presentado su proyecto en una de las lenguas admitidas en el DOUE, y que la redacción confusa de los pliegos no puede favorecer al causante de la confusión.

iv) Subsidiariamente a las dos anteriores, al tratarse de un error subsanable por no suponer una modificación del contenido sustancial la oferta, permitir la subsanación del proyecto técnico.

v) De forma subsidiaria, la anulación del expediente completo si con estas operaciones se vulneran los principios de la contratación administrativa.

SÉPTIMO: Las alegaciones del Ayuntamiento de Villabona son en síntesis:

Frente al reproche de falta de claridad y contradicción sobre el idioma de presentación de la oferta, afirma el informe del poder adjudicador que el impreso normalizado de envío de anuncio al DOUE no ofrece la opción de preferencia de idioma, tampoco permite especificar qué documentos se deben presentar en uno u otro idioma, ni hace referencia a la opción de idioma en que se puede redactar el proyecto, en contra de lo que afirma UNI2 “Español u Otros: Euskera”. En los impresos normalizados no figura la opción de elegir las conjunciones “y” “o”, ni ambas a la vez, y en el anuncio del DOUE no aparece conjunción alguna. La plantilla en el apartado de idiomas oficiales, una vez elegido el euskera no da opción a elegir el español como “otros”.

En los pliegos aprobados por el pleno de Ayuntamiento se recoge la opción de los licitadores sobre la documentación a incluir en el sobre “B”: «teniendo en cuenta la normativa municipal sobre normalización de la lengua, el proyecto se podrá presentar en euskera o de forma bilingüe, dando preferencia al euskera.», pero esta opción no se puede llevar al formato del anuncio del DOUE.

No es cierto, como afirma UNI2, que el órgano de contratación no tenga claro que criterio debe seguir, sino todo lo contrario. Señala el informe que en caso



de contradicciones entre el anuncio y los pliegos, priman éstos porque fueron aprobados por el Pleno y tienen carácter contractual, mientras que los anuncios son un resumen de los pliegos de condiciones y no tienen la misma fuerza vinculante y no pueden servir para alegar contradicciones en su contenido, más si se tiene en cuenta las dificultades para la elaboración del anuncio del DOUE. Además, según la cláusula 28 del PCAP corresponde al órgano de contratación la facultad de interpretación de los pliegos.

Con todo, prosigue diciendo, la lectura del PCAP no deja lugar a las dudas sobre la interpretación, cuando de forma clara señala que el sobre “B” deberá presentarse en euskera, siguiendo las normas aprobadas por el propio Ayuntamiento, y no puede aceptarse la falta de claridad o confusión que alega el recurrente.

Por otro lado, como consta en el certificado expedido por el Secretario el 22 de abril de 2016, se habilitó un plazo de 15 días para recurrir los pliegos, y si Uni2 consideraba que la presentación de la propuesta técnica en euskera era discriminatoria debió recurrir los pliegos. Además, transcurrido el plazo de interposición del recurso, Uni2 se puso en contacto telefónico con el Ayuntamiento para preguntar sobre el idioma de presentación del sobre “B” y sobre las consecuencias de presentar la oferta únicamente en español, a lo que el Secretario respondió diciendo que los pliegos eran claros y que la decisión la tomaría el Mesa de contratación, de modo que el licitador conocía sus obligaciones y de forma deliberada decidió incumplir con lo previsto en los pliegos.

Uni2 tomó parte en el procedimiento de licitación acatando el contenido de los pliegos, que no habiendo sido recurridos son la Ley del contrato y de obligado cumplimiento para la Administración y para todos los que toman parte en la licitación, de conformidad con el artículo 145 del TRLCSP.



La aceptación de la oferta del recurrente sería discriminatoria para el resto de licitadores que han presentado su oferta conforme a los pliegos.

La actuación de UNI2 es contraria al principio de buen fe, ya que siendo la actual prestataria de los servicios, conocía las condiciones del expediente, que no fueron impugnadas; y sabía que la oferta del sobre “B” podía presentarse bien en euskera o bien de forma bilingüe en euskera/español, pero decidió presentar únicamente en español. No teniendo sustento jurídico la infracciones al principio de no discriminación que reprocha el recurrente, solicita la desestimación del recurso.

OCTAVO: El poder adjudicador aborda en su informe al recurso dos cuestiones que deben tratarse con carácter previo al análisis del fondo del asunto.

La primera cuestión es la afirmación de que en caso de contradicciones entre el anuncio y los pliegos, priman éstos porque fueron aprobados por el Pleno y tienen carácter contractual.

La celebración de un contrato requiere la previa elaboración de un expediente (artículo 109 del TRLCSP) al que se incorporan tanto el PCAP como el de prescripciones técnicas, y una vez completado el expediente, el órgano de contratación aprueba el mismo mediante resolución motivada (artículo 110 del TRLCSP). Sin perjuicio de lo anterior, la celebración del contrato precisa, también, de un procedimiento de adjudicación al que, salvo excepciones, se le da publicidad a través de la publicación de los anuncios en los boletines o diarios correspondientes y en los perfiles de contratante (artículo 142 del TRLCSP).

Los pliegos del contrato y los anuncios de licitación cumplen funciones distintas pero complementarias. Es comúnmente admitido que los PCAP determinan el régimen jurídico del contrato, regulan el procedimiento de licitación y fijan los derechos y deberes de las partes en la ejecución del contrato. Como señala el



artículo 115 del TRLCSP, en los PCAP «(...) se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo.» Por su parte, los anuncios de licitación sirven como instrumentos para el cumplimiento de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, recogidos todos ellos en el artículo 1 del TRLCSP. La importancia de la publicidad de las licitaciones quedó reflejada en la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE que en su considerando 36 señala que «El desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos necesita una publicidad comunitaria de los anuncios de licitación establecidos por los poderes adjudicadores de los Estados miembros. La información contenida en dichos anuncios debe permitir que los operadores económicos de la Comunidad evalúen si les interesan los contratos propuestos. A tal fin, conviene proporcionarles una información suficiente del objeto del contrato y las condiciones del mismo. Por consiguiente, es importante dar mayor relieve a los anuncios publicados por medio de instrumentos adecuados, como los formularios normalizados del anuncio de licitación y el Vocabulario Común de los Contratos Públicos (Common Procurement Vocabulary, CPV), contenido en el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo (2) como nomenclatura de referencia para los contratos públicos. En los procedimientos restringidos, la publicidad debe tener como finalidad más especialmente el permitir a los operadores económicos de los Estados miembros que manifiesten su interés por los contratos solicitando a los poderes adjudicadores una invitación para presentar una oferta en las condiciones requeridas.» Por lo demás, son muchas las referencias en los artículos de la Directiva sobre el contenido de los anuncios de licitación. En este sentido, el OARC / KEAO en su Resolución 008/2016 ha manifestado que «(...) el anuncio de licitación, además de cumplir con las funciones de procurar la máxima concurrencia y de dar noticia a los potenciales interesados de los términos y requisitos del contrato, es un auténtico documento contractual en cuanto contiene los términos que han de regir el procedimiento de contratación, como reconoce ahora expresamente el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (ver, en este sentido, el Acuerdo 107/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos de



Aragón).» A mayor abundamiento, sobre la importancia del anuncio de licitación este OARC / KEAO en su Resolución 044/2014 ya señaló que «(...) el anuncio debe ser por sí sólo lo bastante descriptivo de las características fundamentales de la licitación, de modo que los operadores económicos puedan deducir de su lectura si el contrato es de su interés, sin tener que acudir a otras fuentes de información.»

Finalmente se debe añadir que la circunstancia de que el PCAP sea aprobado por el órgano de contratación no le da a su contenido prevalencia sobre el del anuncio; por el contrario, tanto las Directivas de contratos como el propio TRLCSP otorgan a ambos documentos singular importancia en la tramitación del procedimiento de adjudicación. De hecho, ambos documentos son objeto del recurso especial en materia de contratación en un plano de igualdad (artículo 40.2 a) del TRLCSP).

En segundo lugar, debe también matizarse el alcance de la facultad de interpretación que según el informe al recurso corresponde al órgano de contratación en virtud de la cláusula 28 del PCAP. Es cierto que a tenor del 210 del TRLCSP «Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.» Sin embargo, la prerrogativa de interpretación de un contrato formalizado que tiene el órgano de contratación, no le otorga la facultad de dar primacía al contenido del PCAP frente al del anuncio en caso de una posible contradicción, con mayor motivo si se tiene en cuenta que en el artículo 2 13) de la Directiva 2014/24/UE incluye al anuncio de licitación dentro de la definición de “Pliego de contratación”. En la reciente Resolución 086/2016 este Órgano ha manifestado que «(...) existiendo una contradicción entre dos documentos contractuales contraria al principio de transparencia, se crea una oscuridad en la interpretación de los mismos que, según una reiterada doctrina (ver, por todas, la Resolución 008/2016 del OARC / KEAO, así como el artículo 1.288 del Código Civil) no puede perjudicar a quien no la ha causado nada menos que con la expulsión de su oferta, (...).»



NOVENO: El cuanto al fondo del asunto, el recurrente plantea en primer lugar la ilegalidad de la cláusula 22 del PCAP, que considera claramente discriminatoria, por hacer referencia a que el proyecto se presentará en euskera o en bilingüe, dando prioridad al euskera. Reconoce el recurrente que los pliegos del contrato no han sido impugnados, lo que, en principio, convalidaría su invalidez y obligaría al poder adjudicador y a los licitadores a acatar su contenido; pero añade que esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen la nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 14 de la Constitución.

Con motivo de la su exclusión de la licitación, el recurrente está impugnando una cláusula de los pliegos que considera discriminatoria. En realidad, lo que hace UNI2 es interponer un “recurso indirecto” contra los pliegos del contrato en un momento en que el plazo para su interposición ha precluido.

Este OARC / KEAO abordó el denominado “recurso indirecto” en su Resolución 144/2015, en la que se afirmaba que «Como es bien sabido, una reiteradísima doctrina establece que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser inatacables una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso. Esta doctrina se ha visto confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ), que considera necesario para el efecto útil del recurso especial 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. La citada doctrina ha sido matizada por esa misma jurisprudencia, que establece, como excepción a la preclusividad del recurso, las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado solo se manifiesta con posterioridad (ver la sentencia “eVigilo”, C-538/13, EU:C:2015:166). Con base en esta excepción, este OARC / KEAO ha aceptado, con ciertas condiciones, la posibilidad de que, a propósito de la impugnación de la exclusión de un licitador o de la adjudicación del contrato se plantee el llamado “recurso indirecto” contra los pliegos, limitándolo a los casos en los que la aplicación de una cláusula de los pliegos permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver la Resolución 129/2015 del OARC /



KEAO). Si no se cumple ese requisito básico, debe regir el principio general de que los pliegos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma vinculan a la Administración y a los licitadores.» Por lo tanto, al ser claro el contenido de la cláusula 22 del PCAP en cuanto al idioma de presentación del proyecto –se admitían dos formas de presentación– y no dar pie a la arbitrariedad, no puede acogerse la pretensión del recurrente de que se declare nula de pleno derecho la citada cláusula del PCAP, por haber precluido el plazo para la impugnación de los pliegos de la licitación.

DÉCIMO: En segundo lugar, el recurrente alude a la existencia de una posible contradicción entre la cláusula 22 del PCAP y el anuncio publicado en el DOUE, en lo referente a la lengua de presentación de la oferta.

La cláusula 22 del PCAP prevé que:

«El sobre “B” se titulará “CRITERIOS DE VALORACIÓN QUE DEPENDEN DE UN JUICIO DE VALOR” y contendrá los documentos referidos a los criterios cuya valoración dependen de un juicio de valor, señalados en la cláusula 20 de este pliego.

Asimismo, el proyecto deberá contener una Memoria y demás documentos, que como mínimo deberán detallar todos y cada uno de los aspectos descritos en la cláusula 20 del presente pliego.

En cumplimiento de la normativa para normalización lingüística municipal, el proyecto se presentará en EUSKERA o en BILINGÜE, dando prioridad al euskera.»

El contenido del anuncio enviado por el poder adjudicador al DOUE el 23 de marzo de 2016 es el siguiente:

«IV.3.6) Lengua(s) en que puede(n) redactarse los proyectos o solicitudes de participación:

- Cualquier lengua oficial de la UE
- Lenguas oficiales de la UE



ES

- Otros:
euskera»

La Directiva 2004/18/CE en su artículo 36, que lleva por título “Redacción y modalidades de publicación de los anuncios”, apartado 1 señala que «Los anuncios contendrán la información mencionada en el anexo VII A y, en su caso, cualquier otra información que el poder adjudicador estime útil (...).» Se ha de señalar que esta es la Directiva de aplicación al contrato que nos ocupa pues los pliegos rectores del contrato fueron aprobados por Acuerdo del Pleno de fecha 2 de marzo de 2016 y publicados en el DOUE el 25 de marzo de 2016, con anterioridad al 18 de abril de 2016, fecha límite para la transposición de la 2014/24/UE por parte de los estados miembros y, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (véase STJUE de 7 de abril de 2016, asunto C-324/14 ECLI:EU:C:2016:214, apartado 83), la directiva aplicable es, en principio, aquella que está en vigor en el momento en que la entidad adjudicadora elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si tiene o no la obligación de proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público que, en nuestro ordenamiento interno coincide con la aprobación del expediente (art. 110 TRLCSP).

El Anexo VII A “INFORMACIÓN QUE DEBE FIGURAR EN LOS ANUNCIOS DE CONTRATOS PÚBLICOS”, en lo relativo al “ANUNCIO DE LICITACIÓN”, en su apartado 12. d) prevé que para los procedimientos abiertos contendrá información sobre la Lengua o lenguas en que deben redactarse las ofertas.

El Ayuntamiento de Villabona defiende su actuación diciendo que los formularios del anuncio del DOUE no ofrecen la opción de preferencia de idioma, no permiten especificar qué documentos se deben presentar en uno u otro idioma, ni hacen referencia a la opción de idioma en que se puede redactar el proyecto.



Ciertamente, en los formularios de elaboración de los anuncios de licitación que se envían al DOUE, el campo IV.3.6) permite elegir que la oferta se presente en cualquier lengua oficial de la UE o en alguna de las lenguas oficiales, y también señalar en qué otros idiomas se puede presentar las ofertas; pero como dice el poder adjudicador no admite la identificación de la lengua de preferencia en la presentación de una parte de la oferta como es el proyecto del contrato. En este sentido, el poder adjudicador ha actuado correctamente al seleccionar en el anuncio el español como lengua oficial de la UE y el euskera como otro idioma.

Del contenido del apartado IV.3.6) del anuncio publicado en el DOUE se desprende que las ofertas podían presentarse bien en español o bien en euskera; aunque no era esa la estricta intención del poder adjudicador, que ya en el apartado VI.3) del anuncio “información adicional”, de una forma que pudo haber sido más completa, se remite al pliego de cláusulas administrativas particulares y de condiciones técnicas, y es en la cláusula 22 del PCAP donde se matiza el contenido del anuncio al señalar que el proyecto y su memoria se presentarán en euskera o de forma bilingüe euskera/español, dando prioridad a la primera.

Por tanto, se debe señalar que el PCAP no está cumpliendo la función que corresponde al anuncio del DOUE de indicar la lengua en que pueden redactarse la ofertas, sino que está indicando que una parte de la misma como es el proyecto, que sirve para la valoración de los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, debe redactarse íntegramente en euskera o de forma bilingüe en euskera/español. En consecuencia, a juicio de este OARC / KEAO, no hay contradicción entre el apartado IV.3.6 del anuncio publicado en el DOUE y la cláusula 22 del PCAP, porque la segunda concreta cómo debe presentarse un determinado documento como es el proyecto. El recurrente conocía el contenido de los Pliegos y la presentación de su proposición supuso la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (artículo 145.1 del TRLCSP).



Por otra parte, puede esgrimirse que la alusión de la cláusula 22 del PCAP a la prioridad del euskera es confusa porque no se acierta a entender si la prioridad se refiere a la presentación del proyecto únicamente en Euskera o si la preferencia es, en el caso de que se presente de forma bilingüe, que el texto en euskera vaya primero y después en español, o dando al texto en euskera el lugar más destacado en la parte izquierda si ambos textos conviven en la misma página; en cualquier caso la alusión de preferencia de una lengua sobre otra resulta, en este caso, irrelevante porque de la misma no se extrae ninguna consecuencia.

No puede, por tanto, acogerse la impugnación del recurrente acerca de la contradicción sobre la lengua del procedimiento entre el anuncio del DOUE y el contenido de la cláusula 22 del PCAP.

UNDÉCIMO: En tercer lugar, UNI2 denuncia que en el pliego no se contemplaba como causa de exclusión la no presentación de la oferta en euskera y que, en todo caso, un defecto así debería ser motivo de subsanación de la oferta.

La exclusión de la licitación de Uni2 fue adoptada por la Mesa de contratación en su reunión de 3 de junio de 2016. Del acta de la reunión extraemos por su interés el siguiente contenido:

«El arquitecto técnico explica la puntuación otorgada a cada proposición, así como el incumplimiento por parte de los licitadores “Uni2” y “Xoilan” de la condición impuesta en la cláusula 22 del pliego de condiciones administrativas particulares en lo que respecta a la presentación en euskera del proyecto. Dicha cláusula dispone lo siguiente: En cumplimiento de la normativa para normalización lingüística municipal, el proyecto se presentará en EUSKARA o en BILINGÜE, dando prioridad al euskara (...)

El representante de la empresa Uni2 rebate sobre la legalidad de la presentación del proyecto en euskera. Responde la secretaria del ayuntamiento Alazne Garmendia



indicando que es una condición a cumplir dispuesta en el pliego de condiciones administrativas particulares aprobado, que nadie, ni la empresa Uni2, presentó alegación alguna en contra y que dicho pliego ha sido aceptado por los licitadores que han presentado sus propuestas.

La Mesa entiende que si el licitador ha concurrido a un procedimiento de licitación lo hace asumiendo el contenido de los Pliegos y que el pliego de condiciones constituye la Ley del contrato, debiendo someterse a sus reglas tanto la Administración contratante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases. Así pues, resulta claro que si la oferta no reúne los requisitos que el pliego de condiciones determina, no puede ser admitida, por cuanto una de las partes (el licitador) no ha presentado su oferta según lo dispuesto en los pliegos.

Por todo lo expuesto, la Mesa acuerda excluir a los licitadores “Uni2” y “Xoilan” por cuanto su oferta no se acomoda a lo exigido en el pliego de cláusulas administrativas. Por lo tanto, no procede estudiar dicha oferta ni abrir el sobre “C”.»

El incumplimiento por parte Uni2 sobre la lengua de presentación del proyecto no se discute; sin embargo, se debe señalar que ni el PCAP ni el de condiciones técnicas prescriben que un incumplimiento formal como el producido lleve anudada directamente la exclusión de la licitación.

Este OARC / KEAO en su Resolución 20/2015 consideró que «La exigencia de una formalidad concreta va unida a dos principios como son el de transparencia, según el cual las reglas que rigen la licitación deben ser lo suficientemente claras como para poder ser entendidas de la misma forma y de manera constante durante todo del procedimiento por todos los interesados que desplieguen una mínima diligencia para su interpretación; y el de igualdad, que impide admitir una forma de presentación distinta a la exigida cuando conlleva una ventaja respecto de los licitadores que sí han cumplido, como sucede si se otorga la oportunidad de ofrecer mayor información alterando las reglas establecidas. A estos principios hay que añadir los de libertad de acceso a la licitación y de proporcionalidad.»



Por su parte, en la Resolución 67/2014 se examinó la claridad y proporcionalidad de la causa de exclusión afirmando que «(...) en virtud del principio de transparencia, una aplicación de los Pliegos que supone nada menos que la exclusión de una oferta debe estar basada en una regla clara y fácilmente entendible por todos los licitadores, lo que desde luego aquí no sucede (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00; 24/11/2005, C-331/04; 12/11/2009, C-199/07 y 22/4/2010, C-423/07).»

Finalmente, en la Resolución 106/2015 este Órgano manifestó que «Aquí cobra especial relevancia el principio de proporcionalidad, ya aludido por este Órgano resolutorio con anterioridad (Resolución 57/2012), que exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos y que obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste, ello siempre que se respete el principio de igualdad de trato y no se modifiquen los términos de la oferta (sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Asunto T-195/08, Anterpse Bouwwerken, apartado 57)).»

En el asunto que nos ocupa el incumplimiento se refiere al formal de la lengua de redacción de uno de los documentos como es el proyecto, pero tal incumplimiento no altera el contenido sustancial de la oferta ni la valoración que la misma pudiera merecer en la aplicación de los criterios que requieren un juicio de valor (cláusula 20 del PCAP). Debe tenerse en cuenta que no estando expresamente contempladas en el pliego las consecuencias del incumplimiento, la exclusión acordada impide al licitador continuar en el procedimiento, medida que en este caso no es proporcional a la omisión que la causa, que bien pudiera haberse corregido con la concesión de un trámite de subsanación, que ni siquiera sería una aclaración de la oferta sino el cumplimiento de un requisito formal que el licitador podría fácilmente satisfacer. Además, la concesión del trámite de subsanación no amplía el plazo de



presentación de la oferta ni supone ventaja competitiva para el licitador puesto que los términos de su oferta ya están fijados.

Por tanto, debe acogerse la pretensión del recurrente y anular el acuerdo de la Mesa de contratación que excluyó al licitador sin otorgarle un plazo para la subsanación de la oferta.

DUODÉCIMO: La estimación parcial del recurso conduce inevitablemente a la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior al acuerdo de la Mesa de contratación de exclusión de la oferta de Uni2.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que consta en el expediente que en la reunión de la Mesa de contratación de 3 de junio de 2016 se dio lectura a las propuesta económicas presentadas por los licitadores e, incluso, se propuso declarar la oferta económicamente más ventajosa.

El párrafo 3º del artículo 150.2 del TRLCSP y el artículo 26 del Reglamento que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, establecen un sistema de valoración separada según el cual los criterios de ponderación que dependen de un juicio de valor deben valorarse y hacerse públicos antes del conocimiento de los criterios valorables mediante fórmula. Como se dijo en la Resolución 77/2014 de este OARC / KEAO «Del análisis de esta normativa se deduce que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de



criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata.»

La estimación parcial del recurso y el hecho de que sea conocida la parte de las ofertas valorables mediante aplicación de fórmulas, hace vana la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la exclusión de la oferta del recurrente, pues aun subsanando los motivos que dieron lugar a que se le apartara de la licitación, no impediría que la valoración de su proyecto se efectuará una vez que se ha desvelado el secreto del resto las ofertas. Todo ello conduce a la cancelación de la licitación y al inicio de un nuevo procedimiento.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por UNI2 SERVICIOS INTEGRALES, S.A. frente a su exclusión de la licitación del contrato de “Servicio de limpieza y mantenimiento de diversos edificios y mobiliario municipal del Ayuntamiento de Villabona”, ordenando la cancelación de la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión acordada por Resolución B-BN 010/2016, de 29 de junio de 2016.



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, 2016ko uztailaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de julio de 2016