



EB 2018/135

Resolución 163/2018, de 21 de noviembre, 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 BPXPORT KIROL ZERBITZUAK, S.L.U. contra su exclusión del contrato “Servicio de coordinación y prestación de diversos servicios deportivos en instalaciones deportivas municipales de Arrasate”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrasate.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 27 de septiembre de 2018, la empresa BPXPORT KIROL ZERBITZUAK, S.L.U. (en adelante, BPXPORT) 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 su exclusión del contrato “Servicio de coordinación y prestación de diversos servicios deportivos en instalaciones deportivas municipales de Arrasate”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrasate.

SEGUNDO: Con fecha 27 de septiembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente de contratación 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 el día 1 de octubre.



TERCERO: Con fecha 17 de octubre, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 26/2018, por la que se acordaba la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados el día 2 de octubre, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.B.B.P., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 de la LCSP, 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

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso 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.



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 Arrasate tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

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

- a) El apartado 5º del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece, en relación a la sala Fitness, que se atenderá de lunes a viernes, durante tres horas al día y con un horario pendiente de establecer. Sin embargo, en el Anexo II del PPT (versión en castellano) se señala, por un error reconocido en el propio acto de exclusión, un horario de tres horas por semana, 199 días, para un total anual de 597 horas; el error radicaría en un fallo de la traducción al castellano, siendo lo correcto tres horas al día entre semana.
- b) La recurrente fue excluida porque incluyó en su oferta, sin tener previo conocimiento del error del Anexo II, 3 horas a la semana de fitness, añadiendo dos horas más como mejora en lugar de 3 horas diarias, sin que ello pueda considerarse un defecto que haga inviable la proposición, y sin que impida la adecuada ejecución del objeto del contrato.
- c) Se alega que un error de los pliegos comunicado por el órgano de contratación con posterioridad no pudo notificarse en el mismo documento en el que se notifica la exclusión de la oferta; asimismo, la exclusión se considera



desproporcionada y contraria al principio de que la oscuridad de los pliegos no puede perjudicar al licitador.

d) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones al momento anterior a la exclusión.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento de Arrasate se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) La propuesta excluida solo ofrece 5 horas semanales de servicio de monitor en el gimnasio del Polideportivo de Musakola, para un total de 98 días y 245 horas en un año completo, en lugar de los 199 días y 597 horas que, para el curso 2018 / 2019, establecía como mínimo el Anexo II del PPT.

b) Se alega que, a pesar de que es cierto que hay una errata en el texto, en la cláusula 5ª del PPT se señala (en las dos versiones lingüísticas) que el servicio controvertido debe prestarse “de lunes a viernes tres horas al día”; además, de 12 referencias que hace el PPT al servicio, solo en una de ellas se dice “3 horas semana”, y en las otras 11, se habla de 3 horas al día.

c) A la vista de lo señalado en la letra anterior, no cabe otra actuación del poder adjudicador que la exclusión de la proposición del recurrente, ya que se trata de que la oferta contiene un incumplimiento de un requisito mínimo obligatorio, lo que no es un defecto subsanable; se alega que aceptar la proposición le podría dar ventaja en los criterios económicos, al ser menor el coste empresarial del servicio propuesto.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de los motivos de recurso debe partir necesariamente del contenido de los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación vinculando al órgano de contratación y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma, y que es, por lo que afecta al objeto de la impugnación, el siguiente:

1) Apartado V del PPT (versión en castellano)

V. SERVICIO DE ASESORÍA TÉCNICA DEL GIMNASIO DEL POLIDEPORTIVO MUSAKOALA.

La empresa contratista deberá garantizar obligatoriamente en el servicio las siguientes funciones:

(...)

- La sala fitness SE ATENDERÁ DE LUNES A VIERNES. Horario: pendiente de establecer. De Lunes a Viernes: 3 h/día pendientes de establecer.

2) Apartado V del PPT (versión en euskera)

V MUSAKOLA KIROLDEGIKO GIMNASIOKO AHOLKULARITZA TEKNIKOA ZERBITZUA.

Enpresa kontratistak nahitaez bermatu beharko ditu funtzio hauek zerbitzu honetan:

(...)

- Fitness aretoa solilk astelehenetik ostiralera zainduko da; ordutegia zehaztuko da. Ostiralera: 3 h/ egunean, zehazteke.

3) Anexo 2 del PPT

MUSAKOLAKO GIMNASIOKO ZERBITZUA

Ordutegia zehaztehe / horario por definir
astegunetan 3h eguneko / 3h por semana

2018-2019		2019-2020		2020-2021		2021-2022	
EGUNAK	ORDUAK	EGUNAK	ORDUAK	EGUNAK	ORDUAK	EGUNAK	ORDUAK
199	597	204	612	203	609	201	603

En síntesis, el motivo de la exclusión recurrida es el incumplimiento de la prescripción que obliga a dar una cobertura tres horas al día durante el curso 2018-2019 (119 días, 597 horas). BPXPORT alega que los pliegos contienen



un error reconocido por el Ayuntamiento y que la contradicción en los pliegos produce una oscuridad que dificulta entender su alcance y que en ningún caso puede perjudicarle porque no ha sido su causante. Aunque las partes discrepan sobre su alcance y relevancia para fundamentar la exclusión impugnada, coinciden en la existencia de la contradicción. En concreto, esta radica en que el Anexo 2 del PPT tiene una diferencia entre las dos versiones lingüísticas, estando ambas juntas en el mismo texto, separadas únicamente por una barra cursiva (/); mientras que en la versión en euskera el servicio se prestará a razón de tres horas diarias (“...3h eguneko”), en la versión en castellano se solicita un servicio de tres horas semanales (“3h por semana”).

Este Órgano ha venido señalando (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 y la jurisprudencia europea que en ella se cita) que el poder adjudicador tiene una obligación de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que todos los licitadores puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate. Consecuentemente, no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la verdadera voluntad del poder adjudicador mediante criterios interpretativos aplicados a cláusulas contradictorias o imprecisas, castigándole con una grave consecuencia (en este caso, la exclusión de su oferta) si no tiene éxito en la tarea o si la conclusión obtenida no es la misma que la sostenida por el órgano de contratación (ver el artículo 1288 del Código Civil).

Sin embargo, no es menos cierto que el esfuerzo de transparencia debe dirigirse a operadores razonablemente informados y normalmente diligentes, los cuales pueden, por ejemplo, llegar a compensar las imprecisiones de los pliegos con una lectura atenta de los mismos o mediante consultas dirigidas al poder adjudicador (ver la Resolución 140/2017 del OARC / KEAO y la



jurisprudencia europea que en ella se cita). A juicio de este OARC / KEAO, llegar a comprender que la verdadera intención de la Administración es establecer un servicio de 3 horas diarias, como pide la versión en euskera, no requiere un trabajo hermenéutico precisado de herramientas jurídicas complejas, ni tampoco un exhaustivo análisis sistemático de las cláusulas oscuras (ver, como ejemplo contrario, las Resoluciones 44 y 68/2018 del OARC / KEAO). Por el contrario, esta conclusión se deduce claramente del hecho de que otra cláusula relevante del PPT distinta de la contradictoria, y en ambas versiones lingüísticas, establezca esta condición (ver el apartado V del PPT, reproducido más arriba). Especialmente significativo es que el cuadro adjunto a la estipulación debatida sea también concordante con esta interpretación, pues solo así se explica que hable de 199 días y 597 horas ($199 \cdot 3 = 597$), cantidades incompatibles con una prescripción de 3 horas por semana, y que en ningún otro apartado del PPT pueda encontrarse una referencia acorde con la interpretación de que se piden 3 horas por semana, lo que deja claro que es la versión en castellano la que obedece a un error. El recurrente no planteó la duda al poder adjudicador mediante la oportuna consulta, a pesar de que la contradicción era evidente.

También se considera relevante el hecho de que BPXPORT elaboró su oferta en euskera, precisamente la lengua en la que se expresó la voluntad real de la Administración, siendo extraño por lo tanto que pretenda acogerse a la versión en castellano. Debe añadirse que no parece conforme con el principio de proporcionalidad que, ante una contradicción tan fácilmente resoluble (y antes que eso, tan fácilmente detectable y, por lo tanto, posible objeto de una sencilla consulta aclaratoria), se acepte una oferta tan alejada de las necesidades mínimas del poder adjudicador y que, además, podría por esa razón ganar ilegítimamente ventaja frente a otros licitadores en la ponderación del precio como criterio de adjudicación, como bien indica el Ayuntamiento de Arrasate en su informe de respuesta al recurso.



Finalmente, hay que aclarar que no es posible la subsanación de la proposición, pues su sentido era claro y cualquier modificación hubiera supuesto, de hecho, una reelaboración de la oferta, lo que no es aceptable en un procedimiento abierto (ver, por ejemplo, la Resolución 143/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita).

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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BPXPORT KIROL ZERBITZUAK, S.L.U. contra su exclusión del contrato “Servicio de coordinación y prestación de diversos servicios deportivos en instalaciones deportivas municipales de Arrasate”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrasate.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59.3 de la LCSP.



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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko azaroaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de noviembre de 2018