



Erref / Ref: Recurso Especial de EUROSERVICIOS Y OBRAS FORESTALES, S.A. contra la adjudicación del equipo de maquinaria para trabajos de acondicionamiento de infraestructuras de protección de incendios forestales y de retén y extinción de incendios forestales en el Territorio Histórico de Alava y su exclusión del procedimiento de licitación.

Esp Zenb / N° exp: 2019/7- RE

RESOLUCION 16/2019

En Vitoria-Gasteiz, a 1 de agosto de 2019.

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en relación con el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por D. Alberto Saiz Rueda, en representación de la mercantil “EUROSERVICIOS Y OBRAS FORESTALES, S.A.”, contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 380/2019, de 11 de junio, de adjudicación del contrato de “equipo de maquinaria para trabajos de acondicionamiento de infraestructuras de protección de incendios forestales (FEDER) y de retén y extinción de incendios forestales en el Territorio Histórico de Alava” a la empresa Excavaciones Rodo, S. Coop. Ltda. y de exclusión de la oferta presentada por Euroservicios y Obras Forestales, S.A. .

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE “EUROSERVICIOS Y OBRAS FORESTALES, S.A.” y como DEMANDADA la DIPUTACION FORAL DE ALAVA, siendo el órgano de contratación el Consejo de Gobierno Foral.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento de licitación del expediente para contratar el “equipo de maquinaria para trabajos de acondicionamiento de infraestructuras de protección de incendios forestales (FEDER) y de retén y extinción de incendios forestales en el Territorio Histórico de Alava” se aprobó mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 741/2018, de 18 de diciembre, con un presupuesto base de licitación de 575.000 euros (IVA incluido), un plazo de ejecución de un año, con su Cuadro de Características, Pliego de Condiciones Técnicas y Anexos.

SEGUNDO.- En este procedimiento han presentado oferta las mercantiles “Euroservicios y Obras Forestales S.A.” y “Excavaciones Rodo S.Coop. Ltda.”.



TERCERO.- El 5 de febrero de 2019, la mesa de contratación elevó propuesta de adjudicación del contrato a la empresa Euroservicios y Obras Forestales S.A., previa acreditación de cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia y de presentación de la documentación justificativa señalada en el artículo 150.2 de la LCSP.

CUARTO.- El 25 de febrero de 2019 se requiere a la empresa propuesta como adjudicataria la documentación referida en el artículo 150.2 de la LCSP, que es presentada el 8 de marzo de 2019.

Tras el análisis de la documentación presentada, el 20 de marzo de 2019 se requiere a la empresa Euroservicios y Obras Forestales S.A. la subsanación de la documentación presentada, requerimiento que es atendido el 25 de marzo de 2019.

QUINTO.- Con fecha 1 de abril de 2019, el Servicio de Montes remite a la mesa de contratación informe sobre la documentación acreditativa de la solvencia económica y técnica o profesional aportada por la empresa Euroservicios y Obras Forestales S.A..

SEXTO.- En sesión celebrada el 12 de abril de 2019, la mesa de contratación acordó excluir la oferta presentada por Euroservicios y Obras Forestales S.A. por haber sustituido la declaración inicial del DEUC de no integración de la solvencia técnica por una posterior en sentido contrario, así como proceder a recabar la documentación relativa al cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia al licitador siguiente Excavaciones Rodo S.Coop. Ltda.

SEPTIMO.- Por Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 380/2019, de 11 de junio, se aprueba adjudicar el contrato a la empresa Excavaciones Rodo S.Coop. Ltda. y excluir la oferta presentada por Euroservicios y Obras Forestales S.A. por la sustitución de la declaración inicial del DEUC. Este Acuerdo se notifica a la empresa recurrente el 12 de junio de 2019.

OCTAVO.- El 26 de junio de 2019 tiene entrada en el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales escrito de Euroservicios y Obras Forestales, S.A., por el que interpone recurso especial contra el acto recurrido fundamentado, en síntesis, en que la interpretación de las bases del órgano de contratación en orden a justificar la exclusión de Euroservicios y Obras Forestales, S.A. da lugar a una decisión desproporcionada, contraria las determinaciones legales de la LCSP y los principios que han de regir en materia de contratación y en la posibilidad de subsanación, aclaración o complemento respecto de la documentación acreditativa de la solvencia técnica que no se integraba por medios ajenos.

Solicita se anule y deje sin efecto el acto impugnado, declarando la improcedencia de la exclusión de la oferta de Euroservicios y Obras Forestales, S.A., la adjudicación del contrato al resultar su oferta la más ventajosa y la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

NOVENO.- El 2 de julio de 2019, en aplicación del art. 56.2 de la LCSP, se remite a este Tribunal el expediente de contratación y el informe correspondiente en el que se propone la desestimación del recurso especial y el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, en atención al interés público cuya protección se pretende.

DECIMO.- Por Resolución 12/2019, de 4 de julio, se acuerda mantener la suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente con fundamento en el art. 45 de la LCSP.



UNDECIMO.- Con fecha 8 de julio de 2019, previo traslado del recurso formulado al otro licitador, tiene entrada escrito de la representación de la mercantil Excavaciones Rodo S.Coop., Ltda., de alegaciones al recurso especial al que se opone, sintetizadamente, porque la actuación de la recurrente encierra un cambio en la oferta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La competencia para resolver el presente recurso especial corresponde a este Órgano conforme a lo establecido en el art. 46.5 LCSP, y en el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre, cuyo apartado 2.1, relativo a las competencias, establece que “corresponde al Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte la Diputación Foral de Álava o alguno de los órganos dependientes o vinculados a la misma y, en particular, los Organismos Autónomos Forales, las Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control.”

SEGUNDO.- El acuerdo de adjudicación y de exclusión es susceptible de ser recurrido por vía del recurso especial en materia de contratación toda vez que recae en el procedimiento para la contratación de un servicio cuyo valor estimado supera los cien mil euros, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

TERCERO.- La recurrente se encuentra legitimada para recurrir, al amparo del artículo 48 de la LCSP, toda vez que la estimación del recurso permitiría su continuación en el procedimiento de contratación, resultando adjudicataria.

CUARTO.- El acto impugnado fue notificado el día 12 de junio de 2019 y el recurso ha sido interpuesto el 26 de junio de 2019, cumpliendo el requisito temporal del recurso en los términos exigidos en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

QUINTO.- Entrando en el fondo del recurso, el primer argumento de la recurrente parte de considerar que la interpretación de las bases del órgano de contratación en orden a justificar la exclusión de Euroservicios y Obras Forestales, S.A. da lugar a una decisión desproporcionada, contraria las determinaciones legales de la LCSP y los principios que han de regir en materia de contratación.

Aduce cierta confusión en la documentación que rige la licitación y en las actuaciones del órgano de contratación en relación con la comprobación del cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica por su parte. En concreto, alega, por una parte, la confusión existente en relación con los requisitos de solvencia técnica y de adscripción de medios personales y materiales a la ejecución del contrato; y, por otra, que la oscuridad o contradicción de las disposiciones de los Pliegos nunca pueden ser interpretadas en perjuicio de los licitadores, con cita del Acuerdo 77/2014 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Sostiene que, si bien la maquinaria y el equipo mínimo del que se debe disponer para la ejecución del contrato se especifican en el apartado F) del cuadro de características, esto es, como requisitos mínimos de solvencia técnica, en realidad se trata de medios materiales y personales a adscribir a la ejecución del contrato, que se deberían haber especificado en el apartado J) del cuadro de características, argumentando a su favor que el órgano de contratación publicó en el perfil de contratante el anexo II, relativo al compromiso de adscripción de medios



y de cumplimiento de condiciones especiales de ejecución, y que, durante el procedimiento de licitación, en ningún momento se le advirtió de la incorrección de haber presentado el citado anexo II junto con el resto de la documentación en el sobre A (proposición económica y documentación relativa al resto de criterios evaluables mediante fórmulas y declaración responsable).

Afirma también que a pesar de que el DEUC de EUROFOR señalase que no se integraba la solvencia por medios ajenos, siempre es posible la subsanación, aclaración o complemento al respecto de la documentación acreditativa de la citada solvencia y que no ha existido requerimiento solicitando aclaración respecto al contenido de su DEUC y su solvencia técnica, si la integra o no con la de otras empresas o si la declaración que el DEUC consignaba pudiera ser fruto de un error a la hora de cumplimentar dicho documento. En defensa de esta posibilidad transcribe las Resoluciones del TACRC 747/2018 y 409/2019, sobre la subsanación de omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación de los requerimientos de documentación, respecto de la interpretación del art. 150.2 de la LCSP.

Añade, por último, que la exclusión de la oferta se antoja desproporcionada, contraria a la equidad y a la finalidad de facilitar la concurrencia y alcanzar la oferta más ventajosa, debiendo considerarse que la consignación del “no “ en el DEUC , en el apartado relativo a la integración de la solvencia técnica con la de otra empresa, supone un mero error involuntario y, por tanto, subsanable.

SEXTO.- La administración contratante manifiesta que la solvencia técnica o profesional exigida se especifica en el apartado F) del cuadro de características del expediente de contratación, indicando los requisitos mínimos de solvencia que debe reunir el empresario y la documentación requerida para acreditarlos, de acuerdo con el artículo 74.2 de la LCSP. Por una parte, se determinan los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera exigidos a los licitadores y, por otra, los requisitos mínimos de solvencia técnica o profesional; estando ésta última dividida en dos subapartados: el subapartado A), según el cual se exige una experiencia mínima en contratos de similar naturaleza, de acuerdo en el art. 90.1.a) de la LCSP; y el subapartado B), donde se especifica la maquinaria y el equipo de personal del que se debe disponer para la ejecución del contrato, de acuerdo con el art. 90.1.h) de la LCSP.

Por su parte, los medios materiales y personales a adscribir a la ejecución del contrato se regulan en el apartado J) del cuadro de características del expediente de contratación, indicando dicho apartado que no se exige compromiso de adscripción de medios.

Esta regulación se corresponde con lo indicado en el último punto del cuadro de características, esto es, con la documentación a incluir por parte de las licitadoras en el sobre A (proposición económica y documentación relativa al resto de criterios evaluables mediante fórmulas y declaración responsable). Según dicho apartado, los anexos a incluir por parte de las licitadoras en el sobre A son los siguientes: anexo I (modelo de proposición), anexo IV (Documento Europeo Único de Contratación DEUC), y anexo V (declaración relativa a formar parte de un grupo empresarial).

Considera, por tanto, que no existe ninguna oscuridad o contradicción en la documentación que rige la licitación que haya sido interpretada en perjuicio de la recurrente.

Señala que el anexo II (compromiso de adscripción de medios y de cumplimiento de condiciones especiales de ejecución) contiene dos declaraciones: por una parte, que se compromete a cumplir las condiciones especiales de ejecución indicadas en el apartado X) del



cuadro de características, en el pliego y en la documentación técnica; y, por otra, que se compromete a adscribir y mantener durante la duración total del contrato los medios materiales y personales establecidos en el apartado J) del cuadro de características, o en su caso, en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

La declaración relativa al compromiso de adscripción de medios materiales y personales ha de entenderse vacía de contenido, ya que el apartado J) del cuadro de características indica que no procede la adscripción de medios a la ejecución del contrato. Por el contrario, el apartado X) del cuadro de características sí señala una serie de condiciones especiales de ejecución del contrato, relativas a las obligaciones en materia de promoción de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo cuyo cumplimiento sí se compromete a cumplir en virtud de la declaración contenida en el citado anexo II. Por tanto, ninguna contradicción existe entre la documentación que rige la contratación y el proceder de la Administración, ya que la declaración contenida en el anexo II ha de entenderse realizada al primero de sus apartados, esto es, al compromiso de cumplir las condiciones especiales de ejecución indicadas en el apartado X) del cuadro de características.

Sostiene que realizar una interpretación en otro sentido constituiría una modificación del cuadro de características que rige la contratación que sería contrario al principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y al principio de transparencia, los cuales rigen la contratación del sector público de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la LCSP.

Y que en todo caso, si la recurrente consideraba que la maquinaria y el equipo técnico del que se debía disponer para la ejecución del contrato no debía considerarse solvencia técnica, sino adscripción de medios materiales y personales, debería haber impugnado los pliegos en el plazo establecido para ello; habiendo aceptado, por tanto, dicha regulación al tiempo de concurrir a la licitación, como preceptúa el artículo 139.1 de la LCSP.

En cuanto a la posibilidad de subsanar el error cometido en la cumplimentación del DEUC, tras destacar el valor y alcance del DEUC, señala que en el DEUC presentado consta el siguiente contenido: en la Parte II, letra C. Información sobre el recurso a la capacidad de otras entidades, a la pregunta ¿Se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V? respondió No. Y que, además, no consta que el licitador presentara DEUCs referidos a empresas distintas del mismo.

Concluye que, “por tanto, del análisis de dicho documento se deduce que la licitadora no manifestó en él la intención de integrar su solvencia técnica o profesional con la de otras entidades, y que la misma cumplía con los requisitos mínimos de solvencia técnica o profesional exigidos en la cláusula F del cuadro de características. No suscitando, por tanto, ninguna duda a la mesa de contratación que debiera haber sido objeto de subsanación, tal y como alega el recurrente.”

SEPTIMO.- Expuestas las posturas de las partes, la cuestión controvertida consiste en determinar si la exclusión de la recurrente resulta ajustada o no a derecho, a la vista de la presentación del DEUC por ella cumplimentado y de la doctrina existente respecto de la posibilidad de subsanación de la documentación presentada por el licitador propuesto como adjudicatario.

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución de recursos en materia contractual, la que distingue entre defectos subsanables e insubsanables, en



los términos de la Resolución del TACRC 297/2012, de 21 de diciembre: “En este sentido, como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera: i) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación. ii) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación. iii) Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 64/2012).”

En el caso que nos ocupa, en el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), incluido en el “sobre A”, la recurrente indica que no se basaba en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección y en la documentación aportada al ser requerida para la acreditación de la solvencia manifiesta su intención de integrar su solvencia con otras empresas, extremo no negado en el recurso.

Esto es, del DEUC presentado por la recurrente no se desprende ninguna duda que fuera “errónea” o “incompleta” en cuanto a la apelación a las capacidades de otras empresas, en tanto que se había pronunciado claramente en sentido negativo, de modo que de prosperar la pretensión de la recurrente se incumpliría la obligación de tener que presentar el DEUC separado de las empresas externas propuestas para integrar aquellos requisitos, debidamente rellenados y firmados, tal y como exige la normativa comunitaria y el PCAP.

Como se ha expuesto anteriormente, nuestro ordenamiento sólo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la



económica (Resolución TACRC 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013, entre otras). Respecto a la oferta técnica, *“no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta”* (Resolución 16/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es solicitar *“aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”* (Resolución 94/2013). En definitiva, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, *“debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos”* (Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre, entre otras).

Esto es, presentada la oferta no cabe posibilidad de su modificación, no existiendo obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias de la redacción de la oferta.

Trasladando esta doctrina al presente caso, debe rechazarse la subsanación pretendida por la recurrente que entrañaría una modificación de la oferta, como señala la Resolución 62/2017, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, de 3 de abril, que enjuicia un supuesto similar al impugnado en el que la empresa adjudicataria concurrió presentando un DEUC en el que indicó que no se basaría en las capacidades de terceras empresas para acreditar los criterios de selección establecidos, indicación que resultaba del hecho de estar marcada la casilla correspondiente “No” del apartado C del DEUC, presentando en la fase posterior de acreditación de los requisitos de solvencia una documentación de otra empresa con la que pretendía integrar la solvencia.

Para dicho tribunal la empresa adjudicataria, si concurría a la licitación valiéndose de las capacidades de otra empresa, lo debía de haber indicado expresamente en su DEUC y presentar un DEUC separado correspondiente a la empresa de que se tratara.

Entiende el tribunal que el DEUC no es una formalidad declarativa con efectos sólo para la empresa licitadora, sino que también produce efectos hacia el órgano de contratación, para que éste, tal y como indica el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7, pueda verificar la información de las otras empresas de forma simultánea a la verificación relativa a la empresa licitadora principal.

La adjudicataria al indicar en su DEUC que “no” se basaba en la capacidad de otras empresas, acotó y limitó su propuesta y, en particular, el ámbito de acreditación del cumplimiento de sus requisitos de admisión, de forma que en la fase posterior de acreditación del cumplimiento de estos requisitos, aportando al efecto documentación que hacía referencia a una empresa que no había declarado al efecto, se puede afirmar que cambió su propuesta inicial.

Este cambio, no se puede conceptualizar como un simple “error insignificante” susceptible de ser subsanado o convalidado, dado que la documentación acreditativa de la solvencia presentada



por la empresa adjudicataria no se corresponde con la que había declarado previamente a los efectos de esta licitación y, por lo tanto, una eventual admisión de ésta, tal y como hizo el órgano de contratación, contiene un cambio en la oferta.

En definitiva, en este caso no estamos ante un requisito formal y subsanable, sino material y sustantivo de modo que, al haber consignado la recurrente el No en el DEUC en el apartado relativo a la información sobre el recurso a la capacidad de otras entidades junto a la no presentación de los DEUCs de otras empresas que pudieran contradecir tal consignación, no procede la subsanación.

Vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal emite la siguiente

RESOLUCIÓN

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por por D. Alberto Saiz Rueda, en representación de la mercantil “EUROSERVICIOS Y OBRAS FORESTALES, S.A.”, contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 380/2019, de 11 de junio, de adjudicación del contrato de “equipo de maquinaria para trabajos de acondicionamiento de infraestructuras de protección de incendios forestales (FEDER) y de retén y extinción de incendios forestales en el Territorio Histórico de Alava” a la empresa Excavaciones Rodo, S. Coop. Ltda. y de exclusión de la oferta presentada por Euroservicios y Obras Forestales, S.A..

Segundo.- Levantar la suspensión del procedimiento, acordada por Resolución 12/2019, de 4 de julio.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.