



Erref / Ref: Recurso Especial interpuesto por ARTEKA UNE ETA GESTION, S.L. contra los pliegos del “Servicio de montaje y desmontaje de las exposiciones organizadas por el Departamento de Cultura y Deporte de la Diputación Foral de Álava para el ejercicio 2022”.

Esp Zenb / N° Exp: 2022/3- RE

RESOLUCIÓN N° 6/2022

En Vitoria-Gasteiz, a 4 de marzo de 2022.

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava (OAFRC) ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Carlos Martínez de Cestafe Ortiz de Zárate en representación de la mercantil ARTEKA UNE ETA GESTION, S.L. contra los pliegos de la licitación del “Servicio de montaje y desmontaje de las exposiciones organizadas por el Departamento de Cultura y Deporte de la Diputación Foral de Álava para el ejercicio 2022” (expte. 22/M 5.2).

Son partes en dicho recurso: como parte RECURRENTE D. Carlos Martínez de Cestafe Ortiz de Zárate en representación de la mercantil ARTEKA UNE ETA GESTION, S.L.; y como parte DEMANDADA la Diputación Foral de Álava, siendo el órgano de contratación (OC) el Departamento de Cultura y Deporte, y el tramitador del expediente el Servicio de Museos y Arqueología.

Visto el recurso especial interpuesto, este Órgano efectúa las siguientes consideraciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º- El procedimiento de licitación del expediente para contratar el “Servicio de montaje y desmontaje de las exposiciones organizadas por el Departamento de Cultura y Deporte de la Diputación Foral de Álava para el ejercicio 2022”, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, se aprobó mediante Orden Foral 326/2021 de la Diputada de Cultura y Deporte, de 2 de diciembre de 2021; con un valor estimado de 107.438,02 euros y un plazo de ejecución desde la fecha de formalización del contrato hasta el 31 de diciembre de 2022 y con posibilidad de una prórroga anual.

En la citada Orden Foral se aprobó el Cuadro de Características (en adelante CC), el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), los de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), sus anexos y resto de documentación del expediente de contratación

2º- El expediente se publicó en el Perfil de contratante con fecha 21 de diciembre de 2021.



3º- El plazo para la presentación de ofertas finalizaba el 7 de enero de 2022, habiendo presentado ofertas las siguientes tres empresas: SERVICIOS GLOBALES ARABA, S.L., ARTEKA UNE ETA GESTION, S.L. y OVEJERO SEQUEIRO S.L.

4º.- El 7 de enero de 2022 ARTEKA UNE ETA GESTIÓN S.L., presenta recurso de reposición en papel en la Oficina del Registro de la Diputación Foral de Álava. El OC le solicita el día 19 del mismo mes que subsane su solicitud a través de su presentación electrónica en un plazo de diez días hábiles contados a partir de la recepción de la notificación, con base en la obligación de la empresa de relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo. En el escrito se indica expresamente que se considerará como fecha de presentación del recurso aquella en la que haya sido realizada la subsanación.

Finalmente, el recurso se presenta a través del registro electrónico común con fecha 20 de enero de 2022.

5º.- En dicho recurso se solicita acordar la nulidad de la Orden Foral 326/2021 de la Diputada de Cultura y Deporte, de 2 de diciembre de 2021, con fundamento en las siguientes alegaciones:

1º) no se indica en el Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) ni en documento complementario alguno, cuáles son los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos que han permitido al órgano de contratación establecer el presupuesto base de licitación, tal como obliga el artículo 100 de la Ley de Contratos del Sector Público.

2º) no existe pronunciamiento expreso en los pliegos sobre la obligación de subrogar a los trabajadores que vienen prestando el servicio objeto del contrato con la actual empresa contratista, ni relación de los mismos o de sus condiciones laborales, en referencia al cumplimiento de lo previsto en el artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público, lo que supone, además, una infracción de los principios de transparencia y concurrencia que han de regir la licitación.

En el citado Recurso Especial la empresa recurrente solicita por otrosí la adopción de las medidas consistentes en la suspensión del procedimiento de contratación hasta tanto sea resuelto el recurso interpuesto.

6º.- Con fecha 8 de febrero de 2022 se dio traslado del Recurso al OC en solicitud del expediente y del informe correspondiente, en cumplimiento de lo previsto en el art. 56.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

7º.- El mismo día se recibió en el OAFRC el expediente administrativo y el informe del OC en el que se propone inadmitir el recurso, con base en los siguientes razonamientos:

1º) la interposición del recurso es extemporánea, al amparo de lo establecido en el artículo 68.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según el cual se considera como fecha de presentación aquella en la que se ha realizado la subsanación (20 de enero de 2022).

2º) se ha producido el desistimiento de la licitación por la entidad contratante, por lo que el recurso carece o ha perdido su objeto.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la Orden Foral 326/2021 de la Diputada de Cultura y Deporte, de 2 de diciembre de 2021, por la que se aprueba el expediente para contratar el “Servicio de montaje y desmontaje de las exposiciones organizadas por el Departamento de Cultura y Deporte de la Diputación Foral de Álava para el ejercicio 2022”.

Deben darse por cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 44.1 a) y 44.2 a) de la LCSP para poder considerar el acto impugnado como susceptible de recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un contrato de servicios de un valor estimado total de 107.438,02 euros y la actuación recurrida los pliegos y resto de documentación contractual que establecen las condiciones que deben regir la contratación.

SEGUNDO.- 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.”*

TERCERO.- En lo que respecta a la legitimación concurre en la entidad recurrente, licitadora, el interés recogido en el art. 48 de la LCSP, según el cual *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Para poder interponer recurso especial en materia de contratación es necesario que exista en el recurrente un interés directo, actual o potencial, en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores en el procedimiento de licitación, de modo que debe justificarse ese interés en concurrir a la licitación. La regla es que únicamente los empresarios que tienen un interés real en concurrir y presentar su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato, si bien esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad.

De esta forma, el recurrente debe justificar, siquiera indiciariamente, cuál pudiera ser el beneficio o ventaja directa o indirecta que pudiera resultar para su esfera jurídica de una eventual estimación del recurso y, en caso de no haber presentado proposición en el procedimiento de contratación, debería justificar alguna circunstancia que pudiera haberle impedido participar en condiciones de igualdad en el mismo. La recurrente alega que la carencia de determinada información pudiera ser origen de discriminación o desigualdad entre licitadores, con quebranto de los principios de transparencia, concurrencia e igualdad que deben regir la contratación administrativa.

Además, en este caso, queda acreditada la representación con la que actúa el firmante del recurso.

CUARTO.- El plazo legal para la interposición del recurso es el previsto en el artículo 50.b) de la LCSP, esto es, quince días hábiles a partir del día siguiente a la publicación del anuncio en el perfil de contratante. Esta se realizó el 21 de diciembre de 2021, por lo que el plazo finalizaba el 12 de enero de 2022.



La recurrente califica su escrito como Recurso de reposición. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), el contrato de referencia es susceptible de Recurso Especial, y así se indicaba en el apartado correspondiente del anuncio publicado en el perfil.

Pues bien, el error en la calificación del recurso no debe de ser obstáculo en su recalificación por parte de la Administración actuante sin que, por tanto, haya lugar a la inadmisión de la impugnación erróneamente interpuesta. Así lo impone expresamente el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dispone textualmente: “El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”.

Según lo expuesto, se procede a la recalificación del escrito presentado dándole el tratamiento de recurso de especial.

Tal como se ha expuesto en el antecedente 4º el recurso fue presentado en papel el 7 de enero de 2022 subsanándose con la presentación a través del registro electrónico común con fecha 20 de enero de 2022.

En cuanto a la extemporaneidad del recurso alegada por el OC, la Sentencia 954/2021 de 1 de julio de 2021 del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, que establece doctrina, declara que ; *“El apartado 4 del artículo 68 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dispone que si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica, y que a estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación, resulta aplicable a la fase inicial de los procedimientos administrativos iniciados a instancia del interesado”*.

A mayor abundamiento, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León nº 1449/2019, de 10 de diciembre de 2019, dictada en el recurso 165/2019, dice que a pesar de que la recurrida estaba obligada a presentar escritos de forma telemática, la presentación por escrito continúa siendo una posibilidad vigente contemplada en la ley, aunque solo se prevea para ciertos sujetos, por lo que la inadmisión del recurso como extemporáneo por tomar como fecha de presentación la de la subsanación electrónica, resulta excesivo y no admisible pues la presentación se efectuó por un medio previsto en la ley. Por tanto, aunque para ciertos sujetos, como es el caso de la recurrida (una entidad mercantil), sea preceptiva la presentación por vía telemática de todo escrito dirigido a la Administración, no por ello debe ser motivo de inadmisión del recurso el hecho de que la subsanación electrónica tenga lugar pasado el plazo para su interposición, pues, además, la mercantil procedió a la presentación telemática subsanando el defecto dentro del plazo de 10 días en que fue requerida por la Administración para ello.

De esta forma, habiendo atendido al requerimiento dentro del plazo y presentándose el recurso de forma electrónica, como le impone la ley, no se puede entender que el recurso es extemporáneo al haberse cumplido el requerimiento de subsanación, tal y como expresa dicha sentencia en los siguientes términos: *“(…) Es verdad que en dicho requerimiento se hace saber al interesado que se considerará como fecha de presentación de recurso aquella en la que haya sido realizada la subsanación, pero, una cosa es que esa sea la fecha a tener en cuenta (a efectos, por ejemplo, de cómputo de los plazos*



que la Administración tiene para resolver) y otra distinta que se pueda declarar extemporáneo un recurso cuando se ha cumplido el requerimiento de subsanación.

Debe, además recordarse, que el principio de subsanación es un principio clásico y tradicional del Derecho Administrativo, principio del que se hace eco tanto el propio artículo 68.4 como el requerimiento que hizo la Administración, resultando contrario a dicho principio (además de los ya enunciados) la declaración de inadmisibilidad por extemporáneo que sostiene la parte demandada”

Por tanto, queda claro que el trámite procedimental regulado en el precitado artículo resulta estrictamente aplicable a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado y no a los procedimientos iniciados de oficio por la Administración, ni a los procedimientos de revisión de los actos administrativos, lo que lleva a concluir que el recurso se ha interpuesto en el plazo de 15 días hábiles previsto legalmente.

QUINTO.- Con fecha 3 de febrero de 2022, mediante Orden Foral 20/2022 de la Diputada de Cultura y Deporte, se desiste del procedimiento de la contratación aprobada mediante Orden Foral 326/2021, de 2 de diciembre, del servicio de montaje y desmontaje de las exposiciones organizadas por el Departamento de Cultura y Deporte de la Diputación Foral de Álava.

SEXTO.- El desistimiento de la Administración Foral Alavesa a la celebración del contrato en los términos inicialmente aprobados por ella y objeto de recurso por la reclamante conlleva, necesariamente, la desaparición sobrevenida del objeto del recurso, por lo que la cuestión suscitada por la entidad recurrente queda sin objeto.

Vistos los preceptos legales de aplicación, este Órgano Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente,

RESOLUCIÓN

PRIMERO.- Inadmitir el recurso interpuesto por D. Carlos Martínez de Cestafe Ortiz de Zárate en representación de la mercantil ARTEKA UNE ETA GESTION, S.L. contra los pliegos de la licitación del “Servicio de montaje y desmontaje de las exposiciones organizadas por el Departamento de Cultura y Deporte de la Diputación Foral de Álava para el ejercicio 2022”, por la desaparición sobrevenida de su objeto, acreditada por el desistimiento de la contratación.

SEGUNDO.- 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 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.