



Roj: **STSJ PV 2106/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:2106**

Id Cendoj: **48020330012016100245**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2016**

Nº de Recurso: **568/2015**

Nº de Resolución: **289/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO 568/2015

DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO

SENTENCIA NÚMERO 289/2016

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

D^a. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a veintinueve de junio de dos mil dieciséis.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el Número 568/2015 y seguido por el Procedimiento Ordinario, en el que se impugna la Resolución nº 088/2015, de 6/8/15, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi [desestimatoria del recurso especial en materia de contratación frente a la exclusión de la licitación del contrato de "Servicio de desarrollo de un programa de inserción socio laboral mediante limpieza y desinfección de urinarios, limpieza y mobiliario urbano y apertura y cierre de colegios públicos de Basauri"] y la Resolución nº 118/2015, de 21/10/15, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi [por la que se inadmite el recurso especial en materia de contratación formulado contra la adjudicación del contrato de "Servicio de desarrollo de un programa de inserción socio laboral mediante limpieza y desinfección de urinarios, limpieza y mobiliario urbano y apertura y cierre de colegios públicos de Basauri"].

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : GRUPO SIFU EUSKADI, S.L., representada por la Procuradora Sra. Alegría Guereñu y dirigida por el Letrado Sr. Gallego Del Águila.

- **DEMANDADA** : AYUNTAMIENTO DE BASUARI, representado por el Procurador Sr. Nuñez Irueta y dirigido por el Letrado Sr. Amann Garamendi.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 20/10/15 tuvo entrada en esta Sala escrito por el que la Procuradora Sra. Alegría Guereñu, actuando en representación de la mercantil GRUPO SIFU EUSKADI, S.L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la primera de las resoluciones descritas en el encabezamiento. Dicho recurso quedó registrado con el Número 568/2015.

SEGUNDO .- En virtud de escrito presentado en fecha 10/11/15 la recurrente interesó la acumulación por inserción de la segunda de las resoluciones referidas. Por Auto de fecha 17/11/15 se dispuso, de conformidad con lo previsto en el artículo 34,2 LJCA , la ampliación a la misma del recurso contencioso- administrativo.

TERCERO .- En el escrito de demanda, presentado con fecha 15/1/16, se solicitó de este Tribunal el dictado de Sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

CUARTO .- Por su parte, la demandada, en el escrito de contestación presentado en fecha 23/2/16, y con base en los hechos y fundamentos de derecho en el mismo contenidos, interesó el dictado de Sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

QUINTO .- Por Decreto de fecha 15/3/16 se fijó en como indeterminada la cuantía del presente recurso, sin perjuicio de estarse a lo que se fije en Sentencia.

SEXTO .- No habiéndose solicitado el recibimiento del procedimiento a prueba y sí trámite de conclusiones, en sus escritos de conclusiones (presentados con fechas 6/4/16 y 26/4/16, respectivamente) las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO .- Se señaló para la votación y fallo el día 23/6/16, fecha en que tuvo lugar tal diligencia, quedando los autos conclusos para el dictado de la presente resolución.

OCTAVO .- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se interpone por la representación de GRUPO SIFU EUSKADI, S.L. recurso contra la Resolución nº 088/2015, de 6/8/15, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi [desestimatoria del recurso especial en materia de contratación frente a la exclusión de la licitación del contrato de "Servicio de desarrollo de un programa de inserción socio laboral mediante limpieza y desinfección de urinarios, limpieza y mobiliario urbano y apertura y cierre de colegios públicos de Basauri"] y contra la Resolución nº 118/2015, de 21/10/15, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi [por la que se inadmite el recurso especial en materia de contratación formulado contra la adjudicación del contrato de "Servicio de desarrollo de un programa de inserción socio laboral mediante limpieza y desinfección de urinarios, limpieza y mobiliario urbano y apertura y cierre de colegios públicos de Basauri"].

En disconformidad con las Resoluciones objeto de impugnación se interesa, con carácter principal, la declaración de que no son conformes a derecho y su consiguiente anulación " *con todos los pronunciamientos legales favorables derivados de dicho reconocimiento* ". Subsidiariamente, que se acuerde la indemnización en su favor por importe de 19.573 euros por la ganancia dejada de obtener al no serle adjudicado el contrato. Tales pretensiones se fundamentan en los siguientes fundamentos jurídico-materiales:

-En primer lugar, en la indebida exclusión de la licitación del contrato en cuestión acordada en virtud de Decreto nº 1822/2015, de 3/6/15, al entenderse que la actora no había acreditado su solvencia técnica. Se aduce a este respecto que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo, PCAP) no establecía de forma clara que las empresas licitadoras debían estar inscritas en el Registro Administrativo de empresas de inserción de la Comunidad Autónoma que prevé el artículo 5 b) de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre , para la regulación del régimen de las empresas de inserción. Con base en el carácter confuso de la Cláusula 20 e) del PCAP, e invocando el artículo 1.288 del Código civil , sostiene que la oscuridad de tal cláusulas no puede favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. Y concluye que lo que hizo la Administración demandada fue alterar las reglas del concurso durante el desarrollo del proceso de contratación desconociendo que el contrato perseguía una labor de inserción, labor que precisamente desarrolla la demandante en el ámbito de las personas discapacitadas dada su condición de Centro especial de empleo inscrita como tal por la Dirección Provincial del INEM de Bizkaia.

-En segundo término, en la indebida adjudicación del contrato en favor de la entidad Elkar Proteo, SCIS dispuesto en virtud de Decreto nº 2639/2015, de 7/9/15, al entender que no se trataba de la oferta



económicamente más ventajosa, contraviniéndose así tanto el interés general como la propia finalidad del contrato que atendía a criterios de inserción social.

-Finalmente, y en cuanto a la pretensión indemnizatoria que con carácter subsidiario se ejercita, se interesa la indemnización por lucro cesante de conformidad con el artículo 1.106 del Código civil por la ganancia dejada de obtener por mor de su indebida exclusión de la licitación y consiguiente no adjudicación del contrato. Para la determinación del importe de la indemnización, se dice atender al precio ofertado (163.109,46 euros) menos los costes y gastos previstos para la prestación del servicio. De esta forma, y considerando una previsión de beneficio del 12% sobre el precio ofertado, la indemnización solicitada asciende a 19.573 euros.

Frente a lo anterior, la representación del AYUNTAMIENTO DE BASAURI formula oposición al recurso interpuesto en la forma que sigue:

-En primer término, y a propósito de la exclusión de la licitación, acude a la interpretación de la Cláusula 20 e) del PCAP y distingue entre Centros especiales de empleo y empresas de inserción, siendo así que la finalidad del contrato era la de facilitar el acceso al mercado laboral de los distintos colectivos que mayores dificultades para ello tuvieran y de ahí la exigencia de aportar certificado de inscripción en un Registro oficial de empresas de inserción. El no disponer del mismo fue lo que llevó a la Administración demandada a considerar que no se cumplían las condiciones para la adjudicación, extremo que solo pudo ser verificado una vez presentada por la demandante la documentación que se le requirió tras la propuesta en su favor realizada por la Mesa de Contratación.

-En segundo lugar, y por lo que a la adjudicación del contrato se refiere, sostiene que ésta recayó en la oferta económicamente más ventajosa y, en concreto, en la única entidad que, habiendo concurrido a la licitación, cumplía con los requisitos de solvencia técnica exigidos.

-Por lo que se refiere a la pretensión subsidiaria de indemnización, se alega que ninguna prueba sobre tal cuestión se ha practicado y que, en todo caso, el porcentaje a tener en cuenta había de ser el 6% del beneficio industrial.

SEGUNDO .- Expuestas las respectivas posiciones de las partes, se hace preciso realizar una serie de consideraciones a propósito de la base fáctica sobre la que la controversia jurídica opera:

-El AYUNTAMIENTO DE BASAURI, por Decreto de Alcaldía nº 469/2015, de 11/2/15, aprobó el expediente para la contratación por el procedimiento abierto del desarrollo de un programa de inserción socio-laboral mediante la limpieza y desinfección de urinarios, limpieza de mobiliario urbano y apertura y cierre de Colegios públicos en Basauri (Cláusula 1 del PCAP).

-El plazo total de ejecución de la prestación se extendía a dos años, siendo susceptible de prórroga anual por un máximo de otros dos (Cláusula 2). El presupuesto ascendía a 183.636,36 euros más 18.363,64 euros correspondientes al IVA, cantidad que podía ser mejorada por los licitadores (Cláusula 3).

-Se presentaron ofertas por dos entidades: la recurrente, GRUPO SIFU ESKADI, S.L. y Elkar Proteo, SCIS. Admitida por la Mesa de Contratación para asuntos de Alcaldía del AYUNTAMIENTO DE BASAURI ambas ofertas en sesión de fecha 15/4/15, se recabó del Departamento de Contratación valoración de los criterios técnicos de una y otra oferta. En fecha 4/5/15 se emite por el Jefe del Departamento de Contratación informe de acuerdo con el cual se otorga un total de 17 puntos a la recurrente y 13 puntos a la otra entidad licitadora.

-En fecha 6/5/15, la Mesa de Contratación propone a la Alcaldía la adjudicación del contrato a la entidad GRUPO SIFU EUSKADI, S.L. Por Oficio de Alcaldía de fecha 7/5/15 se le requirió a la recurrente la acreditación del cumplimiento de las condiciones para la adjudicación.

-En el entendimiento de que tales condiciones no habían quedado acreditadas, se acuerda la exclusión de GRUPO SIFU EUSKADI, S.L. de la licitación del contrato por Decreto nº 1822/2015, de 3/6/15.

-A resultas de lo anterior, y considerando que se trataba de la oferta económicamente más ventajosa, por Decreto nº 2639/2015, de 7/9/15, se adjudica el contrato a Elkar Proteo, SCIS.

-El PCAP no fue objeto de impugnación. Establece la Cláusula 20 e) que " *la solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse mediante declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales. La solvencia técnica se acreditará del siguiente modo: Los terceros licitadores deberán justificar que poseen capacidad técnica relativa a la inserción sociolaboral de personas y colectivos desfavorecidos del mercado laboral mediante la presentación de certificados de inscripción en un registro oficial de empresas de inserción* ".

-La mercantil GRUPO SIFU EUSKADI, S.L. tiene la condición de Centro especial de empleo. La entidad Elkar Proteo, SCIS, en cuanto sociedad cooperativa de iniciativa social, ostenta la condición de empresa de inserción.



TERCERO .- Sintetizados en la forma que anteceden los hechos esenciales para la comprensión de la controversia, el primero de los motivos impugnatorios nos lleva a examinar la exclusión de la licitación del contrato acordada en virtud de Decreto nº 1822/2015, de 3/6/15, al entenderse que la actora no acreditó debidamente la solvencia técnica por el PCAP exigida.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, la exclusión de la recurrente se produjo una vez la Mesa de Contratación había propuesto la adjudicación en su favor y debido a que ésta no aportó la documentación que le fue requerida conforme a la Cláusula 20 e) del PCAP, esto es, " *certificado de inscripción en un registro oficial de empresas de inserción* ", exigencia ésta ordenada a justificar que disponía de capacidad técnica para la inserción socio-laboral de personas y colectivos desfavorecidos del mercado laboral.

Alega la demandante que el PCAP no establecía de forma clara que las empresas licitadoras debían estar inscritas en el Registro Administrativo de empresas de inserción de la Comunidad Autónoma que prevé el artículo 5 b) de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. Y añade que, al amparo del artículo 1.282 del Código civil, la oscuridad de tal cláusula no debe favorecer a la Administración en tanto a que es la causante de la misma. Así las cosas, y siendo un Centro especial de empleo y estando su actividad orientada a la inserción de personas discapacitadas, entiende que ha de tenerse por acreditada su solvencia en orden a la realización de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato.

Tal motivo impugnatorio de la Resolución nº 088/2015, de 6/8/15, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi [desestimatoria del recurso especial frente a la exclusión de la licitación del contrato] debe rechazarse.

Los empresarios deben justificar su solvencia técnica y profesional a fin de verificar las condiciones y cualidades del ofertante para asumir la ejecución del contrato. La justificación de la solvencia técnica y profesional puede llevarse a efecto por distintos medios en función del contrato de que se trate. En concreto, y en relación con los contratos de servicios, establece el artículo 78 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), que " *en los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad* ".

Y tales requisitos técnicos estarán en consonancia con el objeto del contrato. En el presente supuesto, éste viene dado por el desarrollo de un programa de inserción socio-laboral mediante la limpieza y desinfección de urinarios, limpieza de mobiliario urbano y apertura y cierre de Colegios públicos en Basauri (Cláusula 1). Como bien apunta la demandada, deben distinguirse, por su diferente régimen jurídico y fines los Centros especiales de empleo de las empresas de inserción.

Los Centros especiales de empleo enlazan con la exigencia contenida en el artículo 49 de la Constitución de que por parte de los poderes públicos se desarrolle una " *política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada* ". En tal sentido, ha de estarse al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGDPD) y que en los artículos 43 a 45 contiene la regulación de los Centros especiales de empleo orientada a la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

Por su parte, y en atención al mandato constitucional en el artículo 35 formulado (" *deber de trabajar y el derecho al trabajo* "), se dicta la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción (LREI) y que se orienta a personas particularmente desfavorecidas, en situaciones de marginación o de exclusión, y que encuentran especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo, debido a sus carencias sociales, económicas, educativas y de cualificación laboral. Indica el artículo 5 LREI que " *las empresas de inserción a efectos de esta Ley, además de cumplir con lo establecido en el artículo anterior, deberán reunir, como mínimo, los siguientes requisitos: [¿] b) Encontrarse inscritas en el Registro correspondiente a su forma jurídica, así como en el Registro Administrativo de Empresas de Inserción de la Comunidad Autónoma* ".

De lo anterior bien se colige que así como los Centros especiales de empleo se orientan a la integración de personas con discapacidad, las empresas de inserción se dirigen a la inserción socio-laboral de todo tipo de colectivos en situación particularmente desfavorecida que haga sumamente dificultoso su acceso al mercado laboral. Así las cosas, y como atinadamente destaca la primera de las Resoluciones del OARC impugnadas, la interpretación de la Cláusula 20 e) del PCAP y de lo que constituye el objeto del contrato, ha de llevarnos a interpretar que éste se dirige a fomentar la integración socio-laboral de los distintos colectivos de personas desfavorecidas, no centrándose en la especial atención a dispensar a las personas con discapacidad.



A lo anterior no obsta (" *in claris non fit interpretatio* ") el que no se mencione de forma expresa en la Cláusula 20 e) del PCAP a la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, en tanto que lo que se está exigiendo es un " *certificado de inscripción en un registro oficial de empresas de inserción* ", extremo éste que lógicamente solo puede predicarse de las empresas que ostenten tan condición.

Finalmente, reseñar que la aseveración por la demandante realizada de que la Administración alteró las reglas del procedimiento de contratación durante el desarrollo del mismo, no puede ser compartida en tanto que, propuesta por la Mesa de Contratación la adjudicación del contrato en favor de la recurrente, fue entonces cuando se le requirió de la documentación exigida conforme al PCAP y, al no presentarse ésta, se le tuvo por excluida, exclusión que no puede reputarse considera contraria a derecho conforme a lo expuesto.

CUARTO .- Pasando al segundo de los motivos que se esgrimen, éste se traduce en la indebida adjudicación del contrato en favor de la entidad Elkar Proteo, SCIS en virtud de Decreto nº 2639/2015, de 7/9/15. Entiende la actora que no era la de tal entidad la oferta económicamente más ventajosa contraviniéndose, en consecuencia, el interés general.

A éste respecto, debe reseñarse que la redacción del artículo 150,1 TRLCSP difiere de la del Derecho comunitario [Directiva 2004/18/CE (artículo 53,1)] no solo en la estructura (la Directiva menciona el uso de varios criterios -y aquí es donde se refiere a la oferta económicamente más ventajosa- o sólo el del precio, si bien el sentido es el mismo) sino también en la mención de los criterios sociales, a los que la Directiva no se refiere. En efecto, esta establece que, sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se han de basar los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos son:

-Bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución.

-Bien solamente el precio más bajo.

El motivo de impugnación debe ser rechazado, no pudiéndose acoger la alegación realizada por la demandante de que la adjudicación no recayese en la oferta económicamente ventajosa; de hecho, y tras su exclusión, la adjudicación lo fue en favor de la única entidad que seguía en el procedimiento de contratación.

Y ésta, aun con una puntuación inferior a la de la recurrente en el Informe emitido por el Departamento de Contratación a instancia de la Mesa de Contratación, se consideró que tenía acreditados los requisitos de capacidad y de solvencia técnica, profesional y económica, no existiendo, en consecuencia, óbice alguno para que recayese en su favor la adjudicación del contrato, tal y como se señala en la segunda de las Resoluciones del OARC impugnadas.

Rechazados ambos motivos de impugnación, y resultando las actuaciones administrativas conforme a derecho, no cabe acoger la pretensión indemnizatoria que por la demandante se interesa.

QUINTO .- Estando a los criterios en cuanto a costas previstos en el artículo 139,1 LJCA , la desestimación del recurso conlleva la imposición de costas a la demandante.

En cuanto a la la cuantía del recurso, ha de resolverse definitivamente sobre la misma en Sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40,3 LJCA . En tal sentido, y mientras que el demandante estimaba la cuantía como indeterminada, la demandada interesaba fuese fijada en la correspondiente al presupuesto base de licitación (183.636,36 euros - IVA excluido).

Por Decreto de fecha 15/3/16 se fijó en indeterminada la cuantía del presente recurso, sin perjuicio de estarse a lo que se resolviese en Sentencia. En atención a lo anterior y a lo que constituye la actuación administrativa objeto de impugnación, habrá de estarse al presupuesto del contrato de conformidad con la Cláusula 3ª del PCAP, quedando, en consecuencia, establecida en 183.636,36 euros.

Viendo los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala emite el siguiente,

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto por la representación de GRUPO SIFU EUSKADI, S.L. contra la Resolución nº **088/2015, de 6/8/15, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi [desestimatoria del recurso especial en materia de contratación frente a la exclusión de la licitación del contrato de "Servicio de desarrollo de un programa de inserción socio laboral mediante limpieza**



y desinfección de urinarios, limpieza y mobiliario urbano y apertura y cierre de colegios públicos de Basauri"] y contra la Resolución nº 118/2015, de 21/10/15, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi [por la que se inadmite el recurso especial en materia de contratación formulado contra la adjudicación del contrato de "Servicio de desarrollo de un programa de inserción socio laboral mediante limpieza y desinfección de urinarios, limpieza y mobiliario urbano y apertura y cierre de colegios públicos de Basauri"] y, en consecuencia, confirmamos dichas Resoluciones. Todo ello con imposición de costas a la parte demandante.

Esta sentencia es FIRME y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno, sin perjuicio de lo cual, las partes podrán interponer los que estimen pertinentes.

Conforme dispone artículo 104 de la LJCA , en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo y testimonio de esta sentencia, a fin de que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Hágase saber a la Administración que en el plazo de DIEZ DÍAS deberá acusar recibo de dicha documentación e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 29 de junio de 2016.