



EB 2018/078

Resolución 112/2018, de 20 de septiembre de 2018, 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 TECUNI, S.A. contra los pliegos que han de regir el procedimiento para la contratación del “PROYECTO DE MEJORA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA EN LAS INSTALACIONES DE ALUMBRADO PÚBLICO EXTERIOR MUNICIPAL DE ZUMAIA”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumaia.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 25 de junio de 2018 se ha presentado 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por TECUNI, S.A. frente a los pliegos del contrato arriba referenciado.

SEGUNDO: El mismo día de su presentación este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 ha recibido el día 10 de julio.

TERCERO: Con fecha 11 de julio, mediante la Resolución B-BN 16/2018, la Titular del OARC / KEAO acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación en virtud del artículo 49 de la LCSP.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 12 de julio, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Dña. T.Y.M., que actúa en su nombre.

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

El contrato cuyos pliegos se recurren está configurado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) como un contrato mixto de suministro y obras. El artículo 18.1 a) de la LCSP establece que la regla general para determinar las normas que han de regir la adjudicación de un contrato mixto que comprenda prestaciones propias del contrato de obras y suministros es la del carácter de la prestación principal. En el presente caso, la prestación principal es el suministro de las luminarias y la accesoria las obras de instalación. De este modo, y atendiendo al artículo 44.1 a) de la LCSP que prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros, el presente contrato se encuentra sujeto a este recurso.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

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 Zumaia 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

La impugnación se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) Se incumple el artículo 100 de la LCSP porque se considera que deben conocerse los cálculos que han llevado a fijar un importe de licitación. El recurrente planteó una consulta al respecto al poder adjudicador, que señaló que en el epígrafe “Requisitos mínimos subsanación cuadro y esquemas eléctricos” se incluyen todos los conceptos que la empresa deba ejecutar para legalizar los cuadros en el órgano competente del Gobierno Vasco, y que, a la finalización del contrato, el adjudicatario entregará al Ayuntamiento los cuadros con las deficiencias subsanadas, las OCAs (Organismos de Control Autorizados) favorables y las legalizaciones efectuadas; a juicio del recurrente, ello supone que hay más alcance y que, aunque se desconoce éste, será el adjudicatario quien debe ejecutarlo a su cargo. TECUNI alega que no puede valorar su propuesta si desconoce el alcance de cada unidad presupuestaria.

b) El pliego contiene un criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor (mejoras) que no cumple con el artículo 145.7 de la LCSP por no estar suficientemente especificado.

c) A lo largo del plazo para la presentación de ofertas se ha producido una modificación sustancial de carácter técnico que debería haber supuesto un

aplazamiento de la fecha límite para la entrega de las propuestas por parte de los licitadores.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Los argumentos del Ayuntamiento de Zumaia para oponerse a la estimación del recurso son, de forma resumida, los siguientes:

- a) De la documentación contractual (Proyecto de mejora, apartados 2 y 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas, PPT...) se deduce claramente que el objeto del contrato es que las instalaciones cumplan con ciertas normativas y requerimientos técnicos y que se obtenga su legalización ante el órgano competente, que está adscrito al Gobierno Vasco y es, por lo tanto, independiente del Ayuntamiento. A tal fin, los apartados 3 y 6.7 del PPT obligan a los licitadores a visitar las instalaciones antes de realizar la oferta. La pretendida dificultad para valorar el alcance de las prestaciones se debe a que TECUNI no ha hecho la citada visita, y no tiene que ver con la supuesta insuficiencia del desglose del presupuesto.

- b) El contenido material del criterio se ha mantenido inalterado desde su primera publicación sin que su posterior reubicación entre los criterios que dependen de un juicio de valor (lugar natural) haya supuesto una desigualdad de trato a los licitadores.

- c) El hecho de que dando respuesta a una cuestión planteada por un licitador durante la fase de presentación de ofertas se diese la opción de, bien ofertar un cambio de luminaria por luminaria, bien de sustituir el equipo interior de la carcasa (retrofit) manteniendo la actual en las luminarias de tipo 2*, no supone una alteración sustantiva en las condiciones iniciales que impliquen la necesidad de aplazar el plazo de presentación de las ofertas.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A continuación se expresan las consideraciones de este Órgano sobre las cuestiones planteadas por la parte recurrente.

a) Sobre la insuficiencia del desglose del presupuesto de licitación.

El análisis de este motivo de recurso requiere una aclaración previa de la finalidad de los argumentos aducidos. La escasa concreción de la pretensión no ayuda en esta tarea, pues se pide que se proceda a aclarar y modificar los pliegos como determina la Ley, sin pedir la anulación o la declaración de nulidad de apartados concretos de los documentos contractuales. Aunque formalmente el escrito de recurso considera incumplido el artículo 100.2 de la LCSP, el reproche no se dirige, en realidad, a criticar la falta de adecuación al precio de mercado del presupuesto de licitación (finalidad del mandato de desglose al que se refiere el citado precepto, como se deduce de su inciso A tal efecto...), sino al hecho de que no se especifiquen detalladamente las obligaciones que asumiría el futuro contratista, lo que impediría a TECUNI elaborar una proposición debidamente fundada. Es decir, lo que se impugna es la insuficiente determinación del objeto y alcance del contrato, exigida por los artículos 28.1 y 99.1 de la LCSP. En concreto, TECUNI resalta la circunstancia de que en el epígrafe Requisitos mínimos subsanación cuadros y esquemas eléctricos se incluyan conceptos (como las luminarias, telegestión, soportes o defectos que aparezcan en la ejecución) de los que se desconoce su cuantía a pesar de que sea el adjudicatario quien tenga que asumirlos, lo cual le impide valorar convenientemente la oferta que vaya a efectuar. A juicio de este Órgano, esta alegación no tiene relación con el desglose del presupuesto de licitación y la anulación o modificación del correspondiente apartado (Cláusula cuarta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP) no satisfaría el interés del recurrente; por el contrario, sí lo haría la anulación de las estipulaciones que fijan el contenido de las obligaciones del contrato.

Desde el punto de vista sentado en el párrafo anterior, el motivo de recurso debe desestimarse. Como bien señala el poder adjudicador (ver, por ejemplo,

los apartados 2, 4 y 6.4 del PPT), una de las finalidades del contrato es que las instalaciones cumplan con los requisitos establecidos legalmente o en diversas normas técnicas, siendo el órgano competente del Gobierno Vasco el encargado de verificar dicho cumplimiento. Consecuentemente, el apartado 7 del PPT establece que, entre la documentación final a entregar para la recepción del contrato, figuren las certificaciones o inspecciones oficiales correspondientes. En la documentación contractual se incluye un extenso proyecto que comprende en su Anexo IV una descripción de defectos en los cuadros y su subsanación. A partir de esa clara descripción de la prestación como obligación de resultado, queda a la decisión del potencial licitador determinar cómo va todo ello a repercutir en el importe de la oferta que en su caso presente, teniendo en cuenta que el principio de riesgo y ventura (artículo 197 de la LCSP) impide que la Administración le garantice la eliminación de cualquier incertidumbre económica sobre la rentabilidad del contrato, como las derivadas de las posibles incidencias en la ejecución. Finalmente, es relevante que el PPT (apartados 3 y 6.7) no solo faculta, sino que obliga a los licitadores a girar una visita a las instalaciones objeto de la prestación, la cual debe servir para que los operadores económicos interesados verifiquen sobre el terreno el alcance de las obligaciones establecidas en las prescripciones técnicas.

b) Sobre la mejora sin especificar que incumple el artículo 145.

El recurrente denuncia la ambigüedad y falta de especificidad del siguiente criterio de adjudicación de la cláusula undécima del PCAP:

Otro tipo de mejoras que estén directamente relacionados con el objeto del contrato definido en el proyecto anexo. (2 puntos).

El artículo 145 de la LCSP dispone: (...) 7. En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

Tal y como tiene establecida la doctrina del OARC/KEAO a propósito del artículo 147.2 del TRLCSP, antecedente del artículo 145.7 de la LCSP (ver por todas, la Resolución 139/2016), este precepto no es sino una aplicación específica de otro principio más general, el que establece que los criterios de adjudicación no pueden tener un contenido tal que supongan, de hecho, el otorgamiento al poder adjudicador de una libertad incondicionada para adjudicar el contrato; dicho de otro modo, la descripción de un criterio de adjudicación no puede ser tan vaga o genérica que no vincule en nada al órgano que valora las ofertas (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17/9/2002, asunto C513/99, ECLI:EU:C:2002:495). En lo que a la cláusula impugnada se refiere, se observa que describir las mejoras como aquellas que estén directamente relacionadas con el objeto del contrato es redundante, pues se trata de una condición implícita en el mismo concepto de cualquier criterio de adjudicación (artículos 14.5 a) y 145.6 de la LCSP). Al faltar las precisiones solicitadas por el artículo 145.7 de la LCSP y, consecuentemente, poder versar la mejora sobre cualquier elemento de la prestación, se está infringiendo el principio de transparencia así como el de igualdad, pues la elección y valoración de las mejoras evaluables queda al libre arbitrio del órgano de contratación y a los licitadores se les oculta un dato fundamental para la fundada elaboración de sus proposiciones.

Por todo ello, el motivo de recurso debe estimarse.

c) Sobre la modificación sustancial de carácter técnico.

Reprocha el recurrente que en una de las aclaraciones de los pliegos publicadas en el perfil el día 20 de junio, esto es, 5 días antes de la finalización del plazo de presentación de las ofertas, se da una respuesta que supone un cambio en las prescripciones técnicas y que ello debió suponer una ampliación del plazo para la entrega de las propuestas, hecho que no se produjo.

En primer lugar, procede determinar la naturaleza de las aclaraciones de los pliegos. Debe señalarse que, en el presente caso, el objeto de la impugnación no es solo un apartado de la carátula del PCAP, sino también, y muy

especialmente, la respuesta que el poder adjudicador ha dado a una consulta formulada por una empresa interesada sobre el alcance de dicho apartado y que se ha publicado en el perfil del contratante. Tales respuestas pueden ser objeto de recurso porque se incluyen en la amplia definición de “pliego de contratación” recogida en 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, que comprende todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional. A juicio de este OARC / KEAO, las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante, en cuanto generan en los consultantes y en los demás licitadores una confianza legítima (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se ajusta a ellas, son “documentos adicionales” que fijan los términos de dicho procedimiento. Consecuentemente, su adecuación a la legalidad debe poder ser revisada por los órganos encargados de resolver el recurso especial para que éste cumpla con el efecto útil querido por la legislación europea en materia de recursos, que es, entre otros, conceder a los interesados la posibilidad de depurar las bases de la licitación contrarias a Derecho (artículo 2.1 b) de la Directiva 1989/665/CEE, que es la norma que se transpone en los artículos 44 y siguientes de la LCSP). En particular, si la respuesta a una consulta supone, de hecho, una modificación significativa de los pliegos sin que ello conlleve la ampliación del plazo inicial para la presentación de ofertas (artículo 136.2 de la LCSP), existe una infracción de la legislación contractual susceptible de impugnarse mediante el recurso especial. Esta actuación infringiría los principios de transparencia e igualdad, que requieren 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 (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2015 del OARC / KEAO), lo que afecta a sus

modificaciones, que deben tener la misma publicidad, en medios y forma, que el anuncio inicial.

Atendiendo al supuesto que se analiza en los documentos contractuales se establecen las siguientes prescripciones en relación a la cuestión planteada en el recurso.

En el PPT,

3.- Ámbito de actuación

La actuación global e integral que es objeto del presente contrato tiene como finalidad la ejecución del suministro y las obras de mejora de parte de las instalaciones de alumbrado Público exterior del Ayuntamiento de Zumaia, con la sustitución de los puntos de luz existentes definidos en el proyecto anejo "proyecto de mejora de eficiencia energética en la instalación de alumbrado exterior de Zumaia" por otros de tecnología led, considerándose el cambio de Luminaria por luminaria.

6.2.2.- CARACTERÍSTICAS DE LA LUMINARIA, LED, DRIVER

Las características de las luminarias propuestas cumplirán como mínimo lo especificado en los apartados 4.b y 4.c del Proyecto adjunto, y se detallará de forma clara en la memoria técnica presentada el cumplimiento las mismas. Los datos, parámetros y características a aportar, serán como mínimo las siguientes:

6.2.2.1.- LUMINARIA

Para definir el tipo de luminarias propuestas, se deberá tomar en cuenta la obligación de preservar la imagen estética de las luminarias existentes tipo 1* casco urbano y tipo 2* vial, tal cual se establece en el apartado 4.b del proyecto que acompaña el presente PPT. La ubicación de estas luminarias por tramos viene definido en ese mismo apartado.

Por su parte, en el documento denominado "Proyecto de mejora de eficiencia energética en las instalaciones de alumbrado exterior de Zumaia", elaborado al efecto por la ingeniería Ekitermik, S. Coop,

DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA ACTUACIÓN PREVISTA

La renovación del alumbrado público, comprende las siguientes actuaciones:

- Sustitución de 841 luminarias por otras nuevas de tecnología LED. Los emplazamientos de las actuaciones previstas se recogen en el ANEXO I y los luminotécnicos en el ANEXO II.

(...)

a) Características técnicas de la nueva instalación

(...)

En general la actuación que se plantea será sustituir la luminaria completa por otra más eficiente y de menor potencia

Este mismo documento, respecto a la luminaria 2* objeto del debate, señala en su página 17

(...)

Luminaria Tipo 2*, se priorizará la imagen (estética y color) de la luminaria, siendo acorde a las luminarias que hoy día se encuentran instaladas en soportes rojos al lado del río, a la altura de Axular ibilbidea.

Posteriormente, la respuesta dada por el poder adjudicador ante la pregunta planteada por un posible licitador fue la siguiente:

2.- Características a cumplir por el tipo de luminaria.

(...)

2.3.- En caso de incompatibilidad entre los requerimientos especificados en dichas tablas y la obligación de preservar la imagen estética de las luminarias existentes, ¿se puede *realizar* retrofit incorporando bloque óptico LED a las mismas? En relación a las características de las luminarias se especifica que el tipo2* ha de priorizar la imagen. Han de mantener la especificación del "cierre de vidrio o cristal plano", "el cuerpo de aluminio" e IK>09

En el caso de la luminaria 2*, se tienen que cumplir las características técnicas mínimas descritas en la memoria. **Para este caso en concreto, siendo prioritario la imagen de la luminaria, estas características se pueden cumplir por medio retrofit o cambio luminaria por luminaria.**

Es decir, de los pliegos que han de regir el contrato y hasta la aclaración publicada 5 días antes de la finalización del plazo de entrega de las ofertas, se deduce con claridad que lo que procede con todos los tipos de luminarias es sustituir la luminaria completa por otra más eficiente y de menor potencia. Sin

embargo, dicha aclaración no se limita a precisar el alcance de una estipulación contractual, sino que la modifica al posibilitar en ciertos casos, además del cambio de luminaria por luminaria, la instalación de “retrofit”, es decir, sustituir piezas internas manteniendo la luminaria actual. Esta rectificación de los pliegos tiene carácter significativo por afectar al objeto del contrato y al alcance de las obligaciones del adjudicatario, por lo que debió conllevar el establecimiento de nuevos plazos para la presentación de proposiciones (como solicitó el recurrente), en los términos previstos en el artículo 136.2 de la LCSP, lo que no se hizo. Por otro lado, del propio expediente administrativo remitido se desprende que no todos los potenciales licitadores tuvieron conocimiento de dicha modificación al mismo tiempo, es decir, con la publicación del día 20 de junio, sino que el licitador que planteó la cuestión tuvo conocimiento de aquella dos días antes, esto es, el 18 de junio (folio 854), por lo que no todos los operadores tuvieron el mismo plazo para preparar las ofertas, contraviniendo, como decimos, los principios de igualdad de trato y transparencia. Por todo ello, este motivo de recurso debe ser estimado.

d) Conclusión.

La estimación de dos de los motivos del recurso supone la cancelación del procedimiento de adjudicación, en especial por lo que se refiere al segundo motivo, que afecta a un criterio de adjudicación (ver, por ejemplo, la resolución 70/2014, de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01). La citada cancelación (y su consecuencia, el reinicio del procedimiento) priva de sentido al efecto que, por sí solo, podría tener la estimación del otro motivo, que es la retroacción de actuaciones para que se concediera la correspondiente ampliación del plazo de presentación de ofertas.

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: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa TECUNI, S.A. contra los pliegos que han de regir el procedimiento para la contratación del “PROYECTO DE MEJORA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA EN LAS INSTALACIONES DE ALUMBRADO PÚBLICO EXTERIOR MUNICIPAL DE ZUMAIA”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumaia, anulando las siguientes estipulaciones, y cancelando la licitación:

- a) la cláusula 11 del PACP en lo concerniente al apartado de mejoras recurrido.
- b) la aclaración mencionada en la letra c) del fundamento jurídico octavo de la presente Resolución, solo en tanto en cuanto no supuso la ampliación del plazo de presentación de ofertas.

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

TERCERO: Acordar el levantamiento de la suspensión del procedimiento, acordada por la Resolución B-BN 16/2018, de 11 de julio de 2018, de la Titular del OARC / KEAO.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: 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 irailaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de septiembre de 2018