



EB 2013/122

Resolución 13/2014, de 7 de febrero de 2014, del suplente del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren ordezkaria, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa E. DOMENECH MIRABET, S.A. contra su exclusión del contrato “Suministro de diverso material de imprenta para centros y dependencias de los campus de Bizkaia y Gipuzkoa de la UPV / EHU”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de noviembre de 2013, la empresa E. DOMENECH MIRABET, S.A. interpuso ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del contrato “Suministro de diverso material de imprenta para centros y dependencias de los campus de Bizkaia y Gipuzkoa de la UPV / EHU”.

SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 17 de diciembre de 2013, no se ha recibido ninguna. Consta en el expediente el informe del poder adjudicador previsto en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 42 del TRLCSP, sobre legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación, señala que:

Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Por su parte, el artículo 44. 4 a) del propio TRLCSP prevé que el texto del recurso irá acompañado de:

El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.

Queda acreditada la legitimación del operador económico recurrente así como la representación del compareciente.



SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

En el presente caso se trata de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2. b) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, de acuerdo con los artículos 3.2 c) y 3.3 a) TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos del recurso, son, en síntesis, los siguientes:

a) El punto 2 (Características técnicas – Impresión) del Anexo I - Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) señala que «El sistema de impresión será planografía Offset, si bien, para tiradas pequeñas podrá utilizarse el sistema de impresión Digital en tarjetas de visita, impresos, e incluso en carpetas y algunos tipos de sobres que lo permitan siempre que la Universidad lo autorice», dejando claramente la posibilidad al adjudicatario de elegir si la impresión quiere hacerla en Offset o en Digital; en la notificación de la resolución de exclusión se especifica que «se trata de una facultad discrecional de la Administración y su no inclusión privaría a la Universidad de poder elegir el sistema de impresión en función de sus necesidades.»

b) El recurrente siempre tuvo en cuenta en su oferta que la opción de la impresión digital era opcional, por lo que se ofertaron precios en Offset por trabajos que pudieron ser opcionales en Digital, teniendo en cuenta que a pesar de que la calidad en impresión Offset siempre es superior a la impresión en Digital, los precios se adaptaron en la oferta tanto en el precio como en las cantidades mínimas que pudieran demandarse.



c) En la oferta se menciona que «la empresa no dispone de maquinaria digital; no obstante toda nuestra maquinaria offset está preparada para realizar cualquier tipo de impresión.» Estas aclaraciones se basan en los requisitos exigidos en el apartado del PPT mencionado en la letra a) anterior; es por ello que ofrecemos todas nuestras impresiones en offset, sin poner objeción ni en el tipo de impresión ni en la cantidad y teniendo en cuenta que el precio está ajustado a sus necesidades y que la calidad que ofrecemos es mejor que la que puede resultar de una impresión en Digital.

SÉPTIMO: El órgano de contratación solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) El punto 2 del PPT, que el recurrente cita, establece claramente que la facultad de elegir entre una u otra opción de impresión en ningún caso está en manos de la empresa sino de la Universidad; de hecho, el apartado I del PPT incluye expresamente dentro del objeto del contrato tanto la impresión offset como la digital. A mayor abundamiento, la adenda I pide expresamente que los licitadores oferten un precio para la impresión digital de ciertos productos. Por ello, la recurrente incumple el pliego en cuanto a los requisitos que éste exige, lo que conlleva su exclusión de la licitación.

b) Por otro lado, del artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del punto 22 d) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se deduce que no son admisibles las ofertas que varíen sustancialmente el modelo de oferta económica cuando no se consignen en el modelo todos y cada uno de los apartados referidos a criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, lo que no fue cumplido por la recurrente, que alteró el modelo y ofertó un precio global en lugar de un precio unitario por tirada.

c) El error no es subsanable, ya que no es un error de tipo puramente formal o material (no puede enmendarse dividiendo el precio global entre el número de unidades porque hay precios diferentes para cada volumen de ejemplares de componen la tirada) y aceptar la subsanación iría en contra de los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia (artículos 1 y 139 TRLCSP).

OCTAVO: El motivo alegado en el acto impugnado para la exclusión de la recurrente es que la empresa no oferta una parte de los servicios requeridos, en concreto los de impresión digital y que ha modificado sustancialmente el modelo de oferta establecido en los Pliegos al no ofrecer los precios unitarios correspondientes a la citada impresión digital.

Los preceptos del PPT en los que se basa la exclusión son los siguientes:

Punto 1 del PPT:

«1.- Objeto del contrato
(...)



Dentro del objeto del contrato se entenderá incluido:
(...)
- Impresión digital.»

Punto 2 del PPT:

«El sistema de impresión será planografía Offset, si bien, para tiradas pequeñas podrá utilizarse el sistema de impresión digital en tarjetas de visita, impresos, e incluso, en carpetas y algunos tipos de sobres que lo permitan siempre que la Universidad lo autorice.»

Además, el modelo de proposición económica tiene un apartado para consignar los precios por unidad de los trabajos de impresión digital, y entre los criterios de adjudicación figura el precio (80%), incluido el referido a la impresión digital de carpetas, tarjetones y saludas, así como el porcentaje de equipos de impresión digital que cumplen con los requisitos de eficiencia energética definidos en la certificación Energy Star (3%).

De las estipulaciones reproducidas se deduce claramente que la impresión digital es parte del objeto del contrato, como bien señala el poder adjudicador. Sin embargo, el sistema de impresión utilizado con carácter general será la planografía offset, y el uso del sistema de impresión digital será excepcional y sujeto a tres requisitos, el primero de los cuales se refiere a que se trate de tiradas pequeñas, el segundo a que los productos sean tarjetas de visita, impresos, carpetas y algunos tipos de sobre que lo permitan, y el tercero, que la UPV / EHU lo autorice.

Interesa ahora determinar el alcance de esta «autorización». Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, este término expresa un «acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida», mientras que «autorizar» significa «dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo». Es decir, del sentido propio de las palabras empleadas en el PPT se deduce que la impresión digital de los trabajos es una facultad que el adjudicatario podrá ejercer con ciertas limitaciones, y siempre con autorización previa. Dicho de otro modo, el ofrecimiento de impresión digital no es una exigencia de la Administración, sino una posibilidad que ésta admite o tolera con ciertas condiciones. Consecuentemente con su carácter de facultad o derecho, esta opción o su ejercicio en casos concretos son renunciables, de modo que el PPT acepta que los trabajos de impresión sean siempre elaborados en offset. En apoyo de esta conclusión está también el hecho de que, como bien alega el recurrente, los resultados de la tecnología offset son, en términos generales, de una calidad superior a los producidos por la impresión digital, por lo que el carácter excepcional del uso de esta última y sus fuertes condicionamientos se configuran como un beneficio para la Administración, no como una alternativa que se exige como necesaria para el correcto desarrollo de la ejecución del contrato.

Por lo tanto, es claro que un licitador que ofrezca la elaboración de todos los trabajos exclusivamente en offset, renunciando a la impresión digital incluso en los casos en los que el PPT lo permite, y a pesar de que ello le pueda suponer no aprovechar las ventajas en términos de coste de producción que esta tecnología ofrece, no puede ser excluido de la licitación. No obstante, para determinar



correctamente el alcance de la estimación del recurso, deben analizarse además dos cuestiones que, como se verá, están relacionadas con la pretensión, como son la configuración en el PPT de la posibilidad de que una parte del objeto del contrato se ejecute con impresión digital y los criterios de adjudicación, que presuponen en algunos casos que todos los licitadores van a ofertar impresión digital.

NOVENO: Como ya se ha dicho, para el PPT tan aceptables son las ofertas que incluyen impresión digital como las que ofrecen únicamente impresión offset; se trata, pues, de dos opciones del pliego igualmente admisibles pero sujeta una de ellas a una serie de condiciones que no están correctamente plasmadas. En primer lugar, la opción por la impresión digital se reduce a «tiradas pequeñas» de «tarjetas de visita, impresos, e incluso, en carpetas y algunos tipos de sobres», siendo las menciones a «tiradas pequeñas» y a «algunos» tipos de sobres indeterminadas, pues no se especifica qué se entiende por tirada pequeña, ni tampoco a qué tipos de sobres se refiere, de modo que el poder adjudicador no está vinculado por una regla clara y preestablecida. En segundo lugar, existe una contradicción entre el PPT y el modelo de oferta económica, pues esta última sólo prevé precios unitarios para la impresión digital de carpetas, tarjetones y saludas, listado de productos que no coincide con el que el PPT consigna de productos susceptibles de impresión digital, lo que es otra incertidumbre sobre el alcance de la posibilidad de impresión digital en la ejecución del contrato. Finalmente, la Administración se reserva la posibilidad de vetar la impresión digital («siempre que la Universidad lo autorice»), sin que su decisión esté limitada por ningún criterio, infringiendo el principio según el cual los contratos no pueden condicionar la prestación a indicaciones posteriores a su celebración (artículo 2.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Al faltar estas precisiones, bien por el uso de términos tan amplios que no vinculan en absoluto al poder adjudicador, bien por la existencia de contradicciones en la documentación contractual que no pueden en ningún caso perjudicar al licitador (ver, por ejemplo, la Resolución 166/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), se está infringiendo el principio de igualdad, pues todo queda al libre arbitrio del órgano de contratación.

DÉCIMO: Dando por sentada la ilegalidad de la facultad ilimitada de la Administración para autorizar el uso de la impresión digital, debe ahora analizarse si el recurrente debe conformarse con ella porque los Pliegos en los que se incluyen no fueron recurridos en el momento procesal oportuno. Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación, de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición en tiempo y forma del correspondiente recurso. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que, en principio, convalidaría sus vicios de invalidez y obligaría al poder adjudicador y a los licitadores a acatar su contenido. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento



administrativo común). La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso que se analiza, puesto que se facilita una arbitrariedad que se prolongaría a lo largo de la vida del contrato si se permitiera que las estipulaciones inválidas ganaran firmeza por beneficiarse del principio de acto consentido al no haber sido recurridas en su momento. Por ello, este Órgano debe declarar la nulidad de pleno derecho de la estipulación recogida en el punto 2 (Características técnicas-Impresión) del Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas. La redacción de la cláusula del pliego de prescripciones técnicas y la opción elegida por el agente económico recurrente frente al resto de licitadores se pone en liza el principio de igualdad ante la interpretación equivocada que del Pliego hace la Administración, y la arbitrariedad amparada por la cláusula puede alcanzar la ejecución del contrato al permitir al poder adjudicador decidir sin límites claros cuándo autoriza la impresión digital, lo que puede llevar a desvirtuar la oferta presentada y admitida, y por lo tanto, la propia base de la licitación. En este sentido, la Administración no sólo debe respetar el principio de igualdad durante la licitación, sino que también debe aplicarlo en la ejecución del contrato (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, C-496/99, en especial los apartados 120 y siguientes).

UNDÉCIMO: Los criterios de adjudicación referidos al precio, que incluyen los precios unitarios por impresión digital, y a la posesión de máquinas de impresión digital que dispongan de un concreto certificado de eficiencia energética son igualmente rechazables desde el punto de vista del principio de igualdad porque presuponen que todas las ofertas deben ofrecer impresión digital, lo que no se deduce del punto 2 del PPT. Debe recordarse que la función de los criterios de adjudicación es comparar en igualdad las distintas ofertas (véanse, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2001, C-19/00, y de 12 de diciembre de 2002, C-470/99), función que se incumple si se refieren a aspectos que algunas de las variantes aceptables no contienen, como sucede en el supuesto analizado. Por ello, ambos criterios de valoración deben ser igualmente declarados nulos por el mismo razonamiento ya expuesto para el punto 2 del PPT y por su estrecha relación con él (artículo 64 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Además, debe tenerse en cuenta en el presente caso que la pretensión del recurrente no se satisfaría efectivamente con la simple retroacción de actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a su exclusión indebida, pues, una vez subsanada ésta, la licitación continuaría con la aplicación de unos criterios de adjudicación que le discriminan, como ya se ha expuesto, por lo que su anulación resulta obligada si se quiere que el recurso especial sea efectivo.

DUODÉCIMO: La declaración de nulidad de un criterio de adjudicación conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la resolución 129/2013 del TACRC). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación



a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» **Y concluye que** «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.» Todo ello conlleva la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en esta resolución sobre las estipulaciones declaradas nulas.

Por todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.2 del TRLCSP 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 de 2011, el sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial interpuesto por la empresa E. DOMENECH MIRABET, S.A. contra su exclusión del contrato “Suministro de diverso material de imprenta para centros y dependencias de los campus de Bizkaia y Gipuzkoa de la UPV / EHU”, anulando su exclusión del procedimiento, declarando nulas las estipulaciones mencionadas en los fundamentos jurídicos noveno y décimo y el procedimiento de licitación.

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

TERCERO: 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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2014ko otsailaren 7a
Vitoria-Gasteiz, 7 de febrero de 2014