



EB 2021/019

Resolución 060/2021, de 7 de abril, 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 LAPPSET ESPAÑA VR, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Suministro e instalación del juego infantil singular castillo de Loiu”, tramitado por el Ayuntamiento de Loiu.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 9 de febrero de 2021 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 la empresa LAPPSET ESPAÑA VR, S.L. (en adelante, LAPPSET) contra la adjudicación del contrato de “Suministro e instalación del juego infantil singular castillo de Loiu”, tramitado por el Ayuntamiento de Loiu.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 10 de febrero, se recibió, entre los días 15 y 22 de febrero, en este OARC / KEAO, una copia del expediente de contratación y 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).

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 16 de febrero, se han recibido el día 23 del mismo mes las alegaciones de LURKOI APLICACIONES





TÉCNICAS DE LA MADERA, S.L. (en adelante, LURKOI), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.C.V.K. que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El poder adjudicador y la adjudicataria impugnada alegan la extemporaneidad del recurso. Esta alegación no puede ser aceptada. Aunque la notificación del acto impugnado se realizó el 9 de enero 2021, momento en que la notificación se da por practicada debido a su rechazo por el transcurso del plazo de diez días naturales sin acceder a la misma, y el escrito de recurso especial se presentó en el registro de este Órgano resolutorio el 9 de febrero de 2021, superado largamente el plazo previsto en el artículo 50.1 d), de conformidad con lo dispuesto en la D.A. 15ª de la LCSP, nos encontramos ante una notificación defectuosa. En concreto, el acuerdo de adjudicación objeto de impugnación



indica erróneamente que podrá interponerse recurso potestativo de reposición en el plazo de un mes.

En el acuerdo de adjudicación no consta de forma correcta el recurso procedente ni el Órgano ante el que ha de presentarse dicho recurso (artículo 46 de la LCSP) -si bien indica dónde puede presentar el de reposición- lo que incumple el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Según ha establecido reiteradamente este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 94/2016 y 162/2020, así como la doctrina del Tribunal Supremo que se resume, entre otras, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011), en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca.

Por tanto, de conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Loiu tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

Los argumentos que alega la recurrente son, en síntesis, los siguientes:

a) La oferta de la adjudicataria incumple cuatro de los nueve requisitos técnicos principales que deben reflejarse en la memoria técnica, la cual constituye criterio de adjudicación; a saber:

- Superficie mínima del elemento de 270 m²



- Número de postes laminados de mínimo 138 unidades
- M2 de panel de malla electrosoldada de 30 mm. Mínimo de 28 m2
- Número mínimo de toboganes con lateral de madera laminada 3

A juicio de la recurrente, la oferta de la adjudicataria no cumple con las condiciones técnicas mínimas establecidas en el pliego por lo que debió ser apartada de la licitación.

b) En el caso de que no se considere que la oferta deba ser excluida, la puntuación otorgada en el informe de valoración técnica no puede ascender a 20 de los 25 puntos que como máximo están establecidos, ya que el incumplimiento de alguno de los puntos señalados en la memoria, entre los que se encuentran los cuatro anteriormente señalados, conlleva que la memoria sea valorada en cero puntos.

c) Ha sido la oferta económica la que ha decantado la adjudicación, y la de la adjudicataria ha sido más barata porque los materiales ofertados son de menor calidad y cantidad. Por otro lado, no consta en el perfil del contratante nada relativo al sobre tercero, esto es, lo referente a la valoración de los criterios sujetos a fórmula.

d) Tampoco se ha notificado la adjudicación a las empresas licitadoras, lo cual contraviene la normativa contractual.

e) Finalmente, se solicita que se declare la nulidad del acto impugnado.

SÉPTIMO: Alegaciones de LURKOI

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso, resumidamente, por lo siguiente:



- a) La oferta técnica presentada por la adjudicataria cumple todos y cada uno de los requisitos técnicos previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y, concretamente, los cuatro que reprocha la recurrente

- b) Por otro lado, debe estimarse correcta la valoración en 20 puntos otorgada a la oferta de la adjudicataria en el informe técnico de valoración.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso, señalando que la oferta de LURKOI no incumple ninguno de los cuatro puntos sobre requisitos mínimos que la recurrente ha puesto de manifiesto en el recurso.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente pretende la exclusión de la oferta de LURKOI por considerar que incumple algunas de las prescripciones técnicas mínimas contenidas en el PTT. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión.

a) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas

De acuerdo con una reiterada doctrina (ver, por todas, la Resolución 210/2019 del OARC / KEAO y las que cita), el PPT describe el objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador. En suma, como se indica en la Resolución 089/2019 de este OARC / KEAO, las prescripciones técnicas representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desean obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas, por lo que es contrario a dicho



interés admitir una proposición que no las satisfaga. En este sentido, debe recordarse que las características técnicas correspondientes a las obras, bienes o servicios que se pretenden adquirir corresponde determinarlas al órgano de contratación, quien goza de un gran margen de apreciación para formularlas (dentro de los límites del artículo 126.1 de la LCSP), ya que es quien mejor conoce lo que necesita y quien mejor puede determinar las exigencias que deben cumplir para obtener los resultados deseados y, a tal efecto, habrán de formularse de alguna de las maneras especificadas en el artículo 126.5 de la LCSP.

En cuanto al incumplimiento por la oferta de las prescripciones establecidas, este OARC /KEAO ha manifestado con anterioridad que no cabe adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o no garantiza su respeto (ver, en este sentido, la Resolución 144/2019 del OARC / KEAO) ya que se vulnerarían los principios de transparencia e igualdad de trato (artículo 132 de la LCSP) (ver, Resolución 121/2019 del OARC / KEAO). Ahora bien, una decisión tan grave como la exclusión de un licitador solo debe tomarse cuando la oposición entre su oferta y la documentación contractual sea frontal y clara, de forma que el hipotético contrato formalizado en esos términos no cumpliría con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos como imprescindibles para la satisfacción del interés general perseguido (ver, en este sentido, la Resolución 146/2019 del OARC / KEAO).

b) Sobre el cumplimiento por la oferta de las prescripciones técnicas mínimas obligatorias

El recurso achaca a la oferta de LURKOI un primer incumplimiento de las prescripciones técnicas relativo al mínimo de m² de panel de malla electrosoldada de 30 mm (28 m²) que debe cumplir el castillo a suministrar. El análisis de la viabilidad de dicha alegación se efectuará contrastando la oferta con la prescripción técnica que se dicen incumplir.



Se alega el incumplimiento de la cláusula. 7.4 del PPT cuyo contenido es el siguiente:

7.4. DESCRIPCION DEL JUEGO A DESARROLLAR.

(...) Con el fin de facilitar la visibilidad de los niños dentro del juego también se habrá de instalar en diferentes zonas del juego malla electrosoldada de 30mm en no menos de 28 metros cuadrados (...).

El propio poder adjudicador reconoce que la oferta de la adjudicataria incumple dicha prescripción cuando señala en su informe de contestación al recurso que lo ofertado consiste en paneles de acero galvanizado con pintura electrostática en cinco balcones de la torre principal y 8 ventanas de láminas de acrílico que hacen la misma función. En este mismo sentido, la adjudicataria alega que la función principal de dicha prescripción es la de facilitar la visibilidad de los niños dentro del propio juego, por lo que se cumpliría con el requisito exigido. Los argumentos tanto del poder adjudicador como de la adjudicataria impugnada deben ser desestimados por las siguientes razones:

- 1) En lo que a la prescripción técnica impugnada se refiere, el órgano de contratación ha optado por formular las características del juego infantil mediante la exigencia de unas concretas características y medidas físicas mínimas y, entre ellas, la consistente en un panel de malla electrosoldada de 30 mm y con un mínimo de 28 m². Sin embargo, el adjudicatario impugnado, aun conociendo y consintiendo los pliegos, ha presentado una oferta que no satisface (paneles de acero galvanizado con pintura electrostática en cinco balcones de la torre principal y 8 ventanas de láminas de acrílico).
- 2) Los alegantes reconocen que el material ofertado por la adjudicataria no es el mismo que el expresamente exigido por los pliegos, pero tratan de relativizar dicho incumplimiento porque cumpliría con la finalidad de la prescripción. Las alegaciones del poder adjudicador y del adjudicatario no pueden aceptarse, pues no se trata de una prescripción definida en términos de rendimientos o exigencias funcionales que permita su



cumplimiento mediante la aportación de cualquier solución técnica que la satisfaga, como ambos pretenden (ver el artículo 126.5 a) de la LCSP). En este sentido, la mención que el PPT contiene a la finalidad de la prescripción analizada es meramente informativa de la funcionalidad de dicha prescripción; entender lo contrario supondría vaciar de contenido la concreta referencia panel de malla electrosoldada de 30 mm y con un mínimo de 28 m², que es taxativa y no permite soluciones técnicas distintas aunque sean equivalentes o superiores. Debe señalarse que el órgano de contratación no puede rebajar en el momento de la valoración la importancia y la necesidad de los requisitos técnicos (por muy exigentes que sean) que se entiende que no son caprichosos, sino que tienen que obedecer a la necesidad de dar respuesta a unas necesidades particulares de servicio público (ver, Resolución 42/2019 del OARC/KEAO). Por ello, dicha actuación es contraria al principio de transparencia y también al principio de igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP), pues permite al poder adjudicador disponer de un margen de tolerancia en el que es válido no ajustarse fielmente al PPT, margen cuyo alcance desconocen los operadores económicos, que queda en manos del poder adjudicador y que le podría permitir actuar de forma arbitraria. En definitiva, el poder adjudicador no puede adjudicar el contrato a una oferta que incumple las prescripciones técnicas o que no garantiza su respeto.

3) Conclusión

La falta de cumplimiento de las determinaciones del PPT en lo que respecta al panel de malla electrosoldada de 30 mm (mínimo 28 m²) del juego infantil ofertado es motivo suficiente para la estimación del recurso y la anulación de la adjudicación. Dado que la anulación de la adjudicación supone la satisfacción íntegra de la pretensión del recurrente, no se hace necesario analizar los demás motivos del recurso, cuya estimación llevaría a la misma conclusión.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial interpuesto por la mercantil LAPPSET ESPAÑA VR, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Suministro e instalación del juego infantil singular castillo de Loiu”, tramitado por el Ayuntamiento de Loiu, acordando la anulación de la adjudicación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko apirilaren 7a

Vitoria-Gasteiz, 7 de abril de 2021