



EB 2021/063

Resolución 100/2021, de 11 de junio, 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 mercantil RICOH ESPAÑA S.L.U. frente a su exclusión del contrato de “Suministro mediante arrendamiento en la modalidad de renting de equipamiento multifunción e impresión del Ayuntamiento de Portugalete”, tramitado por el Ayuntamiento de Portugalete.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 15 de abril 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 RICOH ESPAÑA S.L.U. (en adelante, RICOH) frente a su exclusión del contrato de “Suministro mediante arrendamiento en la modalidad de renting de equipamiento multifunción e impresión del Ayuntamiento de Portugalete”, tramitado por el Ayuntamiento de Portugalete.

SEGUNDO: El mismo día 15 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 recibió el día 22 de abril.



TERCERO: Con fecha 23 de abril se trasladó el recurso a los interesados en el procedimiento, no habiéndose recibido alegación alguna.

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 16/2021, de 29 de abril de la Titular del OARC/KEAO, se ha acordado suspender de forma cautelar el procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de V.J.V.B. 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 suministros cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso “Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos 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. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”. El recurrente impugna el acuerdo de exclusión de su oferta, mientras que el poder adjudicador solicita el archivo del recurso especial, por cuanto que considera que el acto recurrido es nulo de pleno derecho y ha iniciado el expediente para su declaración de nulidad. Al margen del posterior análisis que se hará sobre la

conurrencia de la causa de nulidad alegada, lo cierto es que a la fecha actual no consta en el expediente que el acto de exclusión haya sido objeto de una declaración de nulidad, por lo que debe considerarse que sigue vigente en la esfera jurídica y, por tanto, puede ser impugnado ante este Órgano.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Portugalete 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

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) Los dos motivos de exclusión basados en el incumplimiento de prescripciones técnicas incurrir en error material manifiesto, pues (i) en lo relativo a los equipos “tipo C” (velocidad de primera página a todo color) queda acreditado en la ficha técnica aportada junto con la oferta que sí se cumple con la especificación mínima exigida y (ii) respecto del largo del plotter de los equipos “tipo D”, la recurrente actuó conforme a la contestación dada por el poder adjudicador ante una solicitud de aclaración efectuada por ella misma, por lo que el Ayuntamiento no puede actuar de forma contraria a lo contestado.
- b) Finalmente, se solicita la nulidad del acuerdo de exclusión y se ordene al órgano de contratación que retrotraiga las actuaciones para la valoración de las ofertas incluida, obviamente, la del recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega que debido a que la mesa de contratación fue nombrada por un órgano manifiestamente incompetente (el Alcalde cuando la competencia era del Peno) el Decreto de nombramiento de los miembros de la mesa de contratación es nulo y carece de efectos jurídicos, lo que conlleva la nulidad de los actos posteriores, incluido el de la exclusión que es el acto impugnado en el presente recurso. Por ello, y dado que se ha iniciado el expediente para la declaración de nulidad de dicho Decreto, se solicita el archivo del recurso, pues el acto impugnado es nulo de pleno derecho.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso solicita la admisión de su oferta por haber sido incorrectamente excluida. Por su parte, el poder adjudicador estima que el acto impugnado es nulo de pleno derecho y carece de efectos jurídicos. Las apreciaciones de este órgano comenzarán por esta segunda cuestión, pues su confirmación implicaría la invalidez del acto recurrido.

a) Sobre la nulidad del acto impugnado

El poder adjudicador señala en su escrito de contestación al recurso que el acto impugnado es nulo de pleno derecho por traer causa de una infracción sobre la competencia del órgano de contratación a la hora del nombramiento de los miembros de la mesa de contratación.

En este sentido, debe señalarse que conforme a la disposición adicional segunda apartados 1 y 2 de la LCSP:

1. Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, los contratos de concesión de obras, los contratos de concesión de servicios y los contratos administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales

prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

2. Corresponden al Pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos mencionados en el apartado anterior que celebre la Entidad Local, cuando por su valor o duración no correspondan al Alcalde o Presidente de la Entidad Local, conforme al apartado anterior. Asimismo, corresponde al Pleno la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales a los que se refiere el artículo 121 de esta Ley”.

Consta en el expediente que la duración del presente contrato es de 60 mensualidades, por lo que el Decreto de 11 de febrero de 2021 del Alcalde Presidente del Ayuntamiento por el que nombra a los miembros de la mesa de contratación fue adoptado por órgano incompetente, ya que se trata de una competencia (artículo 326.4 de la LCSP) que corresponde al órgano de contratación, en este caso, al Pleno del Ayuntamiento al tener el contrato una duración superior a cuatro años.

Consecuentemente y una vez acreditado el vicio de invalidez del Decreto de nombramiento de los miembros de la mesa de contratación y del que trae causa el acto impugnado, procede la anulación de este último.

No obstante lo anterior, por economía procesal y con el fin de evitar ulteriores recursos sobre las mismas cuestiones de fondo, procede analizar el siguiente motivo impugnatorio.

b) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas

Los apartados de los pliegos relevantes para analizar la viabilidad de la pretensión son los siguientes:

PPT

7. CARACTERÍSTICAS DE LOS EQUIPOS OBJETO DEL CONTRATO:

CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS BÁSICAS REFERENCIALES POR GRUPO:

TIPO C: Equipo multifunción A3 B/N y color

(...)

- ☐ Velocidad primera página color 7,1 segundos o menos

TIPO D: Equipo multifunción 210 X 210 B/N y color

(...)

- ☐ Formato de papel: 210 x 210 / 914 x 30.000

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP)

(...)

Además, es pertinente para el caso señalar que la recurrente planteó la siguiente cuestión para los equipos tipo D:

«Largo Plotter máximo 30.000 mm ¿Es un error?

Con fecha 26 de enero de 2021 se remitió por parte del Ayuntamiento la siguiente respuesta:

«El largo establecido de 30.000mm es máximo».

El debate entre las partes se circunscribe a determinar, por un lado, si el equipo ofertado por la recurrente cumple con la velocidad de impresión requerida para los equipos tipo C y, por otro, si de conformidad con lo establecido en el PPT y la aclaración sobre el mismo para los equipos tipo D la oferta del recurrente debe ser excluida o no.

Una vez analizadas las cláusulas transcritas y la aclaración efectuada, este Órgano considera que la exclusión no se ajusta a derecho por los siguientes argumentos:

b.1 Sobre la exclusión por incumplimiento de prescripciones del equipo “tipo C”

En el informe de justificación del incumplimiento de los requisitos de los equipos multifunción de fecha 8 de marzo de 2021 se señala que el equipo ofertado por

la recurrente RICOH IM C3000 no cumple con la especificación relativa a la velocidad de la primera página en color, pues debe ser igual o inferior a 7,1 segundos y la velocidad del equipo ofertado, según la informante es de 7,3 segundos. Sin embargo, de la revisión de la oferta técnica (página 8) de RICOH se deduce que ello no es cierto, pues se presenta un equipo con una velocidad de impresión de la primera página a color inferior a la solicitada, concretamente, de 6,9 segundos. Así, el juicio técnico se ha asentado sobre una base fáctica errónea (la velocidad de impresión) y, dada la ausencia de respuesta por parte del órgano de contratación en su informe de contestación al recurso, no le consta a este OARC / KEAO un relato alternativo al elaborado por el recurrente que pudiera justificar la conclusión de que no existe tal error de valoración. Por ello, esta alegación contenida en el recurso interpuesto por RICOH debe ser aceptada.

b.2 Sobre la exclusión por incumplimiento de prescripciones del equipo “tipo D”

El motivo de exclusión se basa en que el formato papel del equipo ofertado no alcanza los 30.000 mm requeridos por el pliego. A este respecto, se debe tener en cuenta que:

- 1) Siendo cierto que el equipo propuesto por RICOH tiene un formato papel 914/15.000 mm, no es menos cierto que el propio poder adjudicador aclaró a requerimiento de la recurrente que dicha cifra era un máximo, por lo que no cabe inferir el incumplimiento achacado. En este sentido, debe señalarse que este Órgano ya ha señalado que la drástica decisión de exclusión debe basarse en causas claramente deducibles de los pliegos, siendo desproporcionada dicha exclusión cuando la interpretación que se aplica no se desprende claramente de ellos (ver, por ejemplo, la Resolución 183/2019 del OARC / KEAO). Asimismo, el principio de transparencia impide trasladar a los licitadores (y en este caso concreto, al recurrente excluido) la carga de acertar a integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas dispersas en distintos documentos contractuales, con la grave consecuencia de la exclusión de

su proposición si, a juicio del poder adjudicador que ha incumplido su obligación de transparencia, no tiene éxito en dicha tarea. Así, es oportuno recordar el principio jurídico que impide que la oscuridad de una estipulación pueda perjudicar a quien no es responsable de ella (ver, por todas, la Resolución 120/2017 del OARC / KEAO y el artículo 1288 del Código Civil), especialmente si se tiene en cuenta que ni siquiera se trata de una cláusula insertada en un contrato bilateral ya perfeccionado, sino de las bases de un procedimiento elaboradas únicamente por el órgano de contratación y cuya finalidad es precisamente la selección de la contraparte del negocio jurídico (ver, por todas, la Resolución 3/2020 del OARC / KEAO).

- 2) Este argumento se ve especialmente reforzado en este caso por la rotundidad de la respuesta del Ayuntamiento a la consulta formulada por el recurrente. Este Órgano entiende que la respuesta transcrita tiene carácter vinculante, en particular, por lo que interesa a este caso, para el propio Ayuntamiento. En primer lugar, dicho carácter vinculante se establece claramente en la cláusula 20 de la carátula del PCAP, como pide el artículo 138.3 de la LCSP. En segundo lugar, la consulta es oportuna, pues, se basa en una indeterminación del pliego que permite varias interpretaciones. En tercer lugar, la respuesta del poder adjudicador se limita a esclarecer la duda manifestada por el licitador, sin introducir alteración o modificación alguna a la información contenida en los pliegos, respetando así la función propia de estas aclaraciones (ver, por ejemplo, *sensu contrario*, la Resolución 12/2020 del OARC / KEAO). En consecuencia, siendo vinculante la aclaración del PPT efectuada no cabe el rechazo de la oferta de la recurrente por el motivo indicado, por lo que debe estimarse también este motivo impugnatorio.

c) Conclusión

La estimación del recurso conlleva la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a la exclusión para que la oferta del recurrente sea admitida y valorada, sin perjuicio de que la

correspondiente tramitación deba realizarse por una Mesa cuyos miembros estén legalmente nombrados, tal y como indica el propio poder adjudicador.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil RICOH ESPAÑA S.L.U. frente a su exclusión del contrato de “Suministro mediante arrendamiento en la modalidad de renting de equipamiento multifunción e impresión del Ayuntamiento de Portugalete”, tramitado por el Ayuntamiento de Portugalete, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones en los términos expresados en la letra c) del Fundamento jurídico octavo de la presente resolución.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto 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 poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas 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 ekainaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de junio de 2021