



EB 2020/090

Resolución 127/2020, de 28 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por la empresa AUTO INDUSTRIAL BASCONIA, S.A. contra los pliegos del contrato de “Suministro de piezas y productos para el taller del parque móvil del Gobierno Vasco”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 29 de junio de 2020 se presentó 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 pública interpuesto por la empresa AUTO INDUSTRIAL BASCONIA, S.A. contra los pliegos del contrato de “Suministro de piezas y productos para el taller del parque móvil del Gobierno Vasco”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno).

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 29, se recibió en este OARC / KEAO copia del expediente de contratación y del 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), el día 1 de julio.





TERCERO: No constan interesados diferentes al recurrente y al poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, así como la representación de don I.H.L., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo el art. 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de suministro de un valor estimado superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 a) de la LCSP, pueden ser objeto de recurso especial los pliegos.

CUARTO: Interposición en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Motivos del recurso

De forma resumida, se alega en el recurso que el único criterio de adjudicación del contrato (oferta económica) se aplica a la oferta efectuada a una lista de piezas y productos establecidos en el apartado 7 de la memoria justificativa en la que el producto aceite de motor es de una marca concreta, siendo el único producto que se identifica de esta forma. De esta manera, se infringe el artículo 126 de la LCSP y se vulneran varios de los principios fundamentales de la contratación pública. Finalmente, solicita que se anule del criterio de adjudicación establecido respecto del producto identificado como aceite la exigencia de una marca concreta para permitir propuestas de aceites que cumplan con las calidades y características técnicas equivalentes, con independencia de la marca concreta.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se exponen:

- a) Debido a la antigüedad de la flota de vehículos, estos requieren de un mayor mantenimiento y el aceite debe ser de una calidad extraordinaria sin que pueda aceptarse aceites que cumplan las características, pero de calidades inferiores.
- b) Después de realizar un estudio sobre la aplicación del aceite a los coches de la flota y un cursillo especializado para los mecánicos impartido por los técnicos de la marca MOTUL, se comenzó a adquirir diversos aceites de dicha marca que han dado unos buenos resultados, de forma que se mejora el rendimiento, vida útil y uso de los vehículos.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Las apreciaciones de este OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso deben partir del estudio de su pretensión ya que, aunque formalmente se dice recurrir el criterio de adjudicación, en realidad se está recurriendo una prescripción técnica, concretamente la relativa al aceite de motor por ser de una marca concreta (MOTUL). Así, se pide, en particular, que el aceite a suministrar no incluya una marca concreta y se asegure que no se crearán obstáculos injustificados a la competencia. A la vista de la peculiar ubicación de la prescripción técnica impugnada (Memoria justificativa), debe indicarse con carácter previo, que en virtud de lo establecido en el artículo 2.1.13 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública debe considerarse “pliego de contratación” todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, de forma que la remisión que la cláusula 22.2.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) hace al apartado 7 de la memoria justificativa permite considerar a esta, a todos los efectos, pliego contractual y, por lo tanto, acto recurrible y, en su caso, anulable.

A los efectos del presente recurso, los pliegos establecen lo siguiente:

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL PCAP

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas: Si

Criterio: Oferta económica

Ponderación: 100 puntos

Fórmula: Para el cálculo de la puntuación tan solo se utilizará el precio ofertado para los 33 productos que se citan en el apartado 7. Oferta económica piezas.

(...)

Por su parte, el apartado 7 de la memoria justificativa, en lo que a este recurso importa, establece:



UNIDADES ESTIMADAS	PRODUCTOS	PRECIO UNITARIO MAXIMO IVA INCLUIDO
1	- Aceite MOTUL 8100X-CLEAN EFE 5W30 contenedor de 1000 L	
1	- Aceite MOTUL 8100X-CESS 5W40 contenedor de 1000 L	
100	- Aceite MOTUL 8100 ECOLITE 5W30 garrafa 5L	
6	- Aceite MOTUL SPECIFIC 913 5W30 bidón 60L	
40	- Aceite MOTUL 8100 ECO-LITE 0W2Q garrafa 5L	

a) Sobre la fijación de las prescripciones técnicas

En lo que respecta a la única cuestión planteada en el recurso, se expondrá en primer lugar la doctrina de este OARC / KEAO sobre la fijación de las prescripciones técnicas en los contratos públicos para, a continuación, analizar el caso concreto planteado.

a1) Doctrina general

Conforme al artículo 124 de la LCSP las prescripciones o especificaciones técnicas definidas en el artículo 125.1.b) de la LCSP deben figurar en los pliegos o documentos que las contengan y definir las características exigidas a las obras, los servicios y los suministros que se pretenden adquirir.

Con arreglo al artículo 126.5 de la LCSP, las prescripciones o especificaciones técnicas se pueden formular de varias maneras; bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, bien por referencia a especificaciones técnicas y, por orden de preferencia, a normas nacionales que incorporen normas europeas, a las evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros, o bien mediante una combinación de esas dos maneras.



En lo que respecta a la formulación de las especificaciones técnicas, resulta relevante señalar que, tal y como se expresa en la STJUE de 25 de octubre de 2018 (asunto C-413/17 ECLI:EU:C:2018:865, apartados 27, 28, 29 y 30), el artículo 42 de la Directiva 2014/24, a cuya transposición obedece el artículo 126 de la LCSP, (i) no establece una jerarquía entre los métodos para formular las especificaciones técnicas y no da preferencia a ninguno de esos métodos, (ii) que la normativa de la Unión relativa a las especificaciones técnicas otorga un amplio margen de apreciación al poder adjudicador para formular las especificaciones técnicas de un contrato y (iii) que este margen de apreciación está justificado por el hecho de que son los poderes adjudicadores quienes mejor conocen los suministros que necesitan y quienes mejor pueden determinar las exigencias que deben cumplir para obtener los resultados deseados (ver, por todas, la Resolución 78/2019 del OARC/KEAO).

No obstante, el artículo 126 de la LCSP establece ciertos límites a la discrecionalidad que le asiste al poder adjudicador en la redacción de las especificaciones técnicas que, en todo caso, debe respetar. En concreto, exige que las especificaciones técnicas den a los operadores económicos igualdad de acceso al procedimiento de adjudicación del contrato y que no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia (126.1 de la LCSP) y que, salvo que lo justifique el objeto del contrato, no hagan referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos (artículo 126.6 de la LCSP). Este límite tiene una excepción, que es la de que tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5 del artículo 126, en cuyo caso irá acompañada de la mención o equivalente.



a2) Sobre la solicitud de una marca en concreto en los pliegos recurridos

En el contrato que nos ocupa, este OARC/KEAO no aprecia la concurrencia de obstáculo alguno que impida una descripción del objeto del contrato conforme a alguna de las reglas establecidas en el artículo 126.5 de la LCSP, las cuales otorgan al poder adjudicador un importante margen de discrecionalidad al redactar las prescripciones o especificaciones técnicas para, desde un punto de vista funcional u otros, afrontar los objetivos del contrato, y, ni en el expediente, ni en la documentación contractual, ni en el informe del poder adjudicador consta referencia alguna a la excepcionalidad que pudiera justificar la descripción por referencia a una marca.

En este sentido, en el presente contrato se observa que las prescripciones técnicas que definen los suministros de aceite solicitados están redactadas en referencia a una marca en concreto (MOTUL), que es una de entre otras que existen en el mercado. Consecuentemente, resulta indudable que las prescripciones técnicas han sido redactadas en referencia a una marca determinada contraviniendo lo dispuesto en el artículo 126.1 de la LCSP. Además, el poder adjudicador no lo niega, es más, lo pretende justificar con los buenos resultados que el uso de esta marca en concreto ha dado en un número importante de vehículos. A juicio de este OARC/KEAO, esta justificación no es aceptable ni suficiente, pues supone una restricción de forma arbitraria de la competencia, ya que potenciales licitadores que ofrecen soluciones equivalentes o análogas no podrán concurrir a la licitación mientras que, por el contrario, se favorece injustificadamente a determinados operadores económicos (aquellos que están en disposición de ofrecer la marca solicitada).

Además, todo ello supone la conculcación del mandato de igualdad de acceso al procedimiento de adjudicación (artículo 126.1 de la LCSP), que no es más que una especificación del principio general de igualdad de trato, no



discriminación y transparencia (artículo 1 de la LCSP), respecto de los cuales el TJUE ha declarado que revisten una importancia crucial en lo que se refiere a las especificaciones técnicas, debido a los riesgos de discriminación vinculados a la elección de estas, es decir, a la manera de formularlas (véase, en lo que respecta a la Directiva 2004/18, la sentencia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10, EU:C:2012:284, apartado 62 y en lo que respecta a la Directiva 2014/24 y la sentencia de 25 de octubre de 2018 anteriormente citada, apartado 34).

b) Conclusión

A la vista de lo referido, el recurso debe ser estimado, dado que se ha incumplido la regla general de formular en términos abiertos las especificaciones técnicas y no consta la excepcionalidad que pudiera justificar la descripción de las mismas referidas a una marca en concreto, anulando la referencia a la marca MOTUL de todas las prescripciones técnicas relativas al aceite.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial interpuesto por la empresa AUTO INDUSTRIAL BASCONIA, S.A. contra los pliegos del contrato de “Suministro de piezas y productos para el taller del parque móvil del Gobierno Vasco”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de



Euskadi (Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno), anulando la referencia a la marca MOTUL de todas las prescripciones técnicas relativas al aceite y concediendo un nuevo plazo para la presentación de las ofertas.

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

TERCERO: 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.

CUARTO: 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, 2020ko irailaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de septiembre de 2020