



EB 2017/137

Resolución 132/2017, de 1 de diciembre de 2017, 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 SHOW THEATRE EQUIPMENT BV contra su exclusión del contrato “Suministro de equipamiento escénico (estructura y mecánica escénica, iluminación escénica) para el nuevo centro de artes escénicas de Getxo Antzokia-Musika Eskola, Lote 1”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de octubre de 2017, la empresa SHOW THEATRE EQUIPMENT BV (en adelante, STE) interpuso en el registro del Órgano de contratación un recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de su oferta del contrato “Suministro de equipamiento escénico (estructura y mecánica escénica, iluminación escénica) para el nuevo centro de artes escénicas de Getxo Antzokia-Musika Eskola, Lote 1”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

SEGUNDO: El citado recurso, junto con el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP) se recibieron en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) el día 2 de noviembre de 2017.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 7 de noviembre, se han recibido las de SBS BÜCHNENTECHNIK GMBH (en lo sucesivo, SBS) el 14 de noviembre.



CUARTO: Por la Resolución B-BN 23/2017, de 3 de noviembre de 2017, de este OARC/KEAO se acordó estimar la petición de la medida provisional solicitada por la recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D. R.A.B., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Getxo tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) La afirmación efectuada en el “plan de trabajo”, incluido en el sobre segundo, que dice «Dado que ofrecemos 5 años de garantía, obtendrá también 5 años de mantenimiento.» no puede ser considerada como revelación de información relativa a un criterio de adjudicación evaluable automáticamente a incluir en el sobre tercero y ocasionar la exclusión de la propuesta contractual pues, en parte, está motivada por la falta de claridad de los pliegos a la hora de definir el concepto de “garantía”. En la cláusula 6 del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), la garantía tiene dos vertientes: la primera, una garantía por los defectos de los componentes de la instalación, así como en su montaje y



funcionamiento, a la que se le atribuye un plazo mínimo de dos años, evaluable mediante criterios matemáticos y, la segunda, una garantía de disposición de piezas de recambio durante, al menos, 5 años, que no es evaluable. Refiriéndose la oferta efectuada a esta segunda. Si la intención del órgano de contratación era la de plasmar que la garantía era exclusivamente de 2 años susceptible de mejora, no lo refleja así en los pliegos provocando una ambigüedad en los pliegos.

- b) El acuerdo de exclusión se limita a señalar muy sucintamente la causa de exclusión sin justificar la relevancia que la supuesta infracción tendría para provocar la exclusión.
- c) El órgano de contratación debió solicitar aclaraciones antes de adoptar la decisión de exclusión, que es una medida extraordinaria que debe aplicarse de forma restrictiva, por afectar directamente a la concurrencia.
- d) La pretensión del recurso consiste en la anulación del acuerdo y retroacción de las actuaciones hasta el momento en que tuvo lugar la exclusión de la oferta, procediendo a la apertura y valoración del sobre tercero de la oferta.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

- a) El hecho de partida admitido por el recurrente es que incluyó en su segundo sobre (criterios de adjudicación no evaluables automáticamente) un dato que había de formar parte del sobre tercero (criterios evaluables de forma automática), a saber, el plazo de garantía que ofrecía y que debía ser valorado con posterioridad.
- b) El dato que introdujo indebidamente en el sobre segundo era el plazo de garantía, pues el compromiso de disponibilidad de piezas de recambio fue aportado en su sobre primero con la denominación de «Compromiso de disponer de piezas de recambio». Esto es prueba de que la cláusula no induce



a error, pues si ha denominado correctamente este documento y lo ha aportado en el sobre que correspondía, ello significa que ha comprendido correctamente el alcance de la cláusula que ahora cuestiona.

- c) La causa de exclusión está expresamente prevista en la cláusula 20 del PCAP por lo que no hay automatismo alguno en la decisión sino cumplimiento de lo dispuesto en las bases.
- d) No hay desproporción en la decisión de exclusión de la oferta de la recurrente pues el PCAP establece expresamente la exclusión ante un supuesto de hecho como el que concurre, lo cual era conocido por la licitadora desde el principio y no es sino una transposición de lo dispuesto en el art. 150.2 del TRLCSP, de manera que hay una obligación incluso legal de proceder a la exclusión.

OCTAVO: Las alegaciones de SBS, de forma resumida, son las siguientes:

- a) La recurrente incluye en el sobre segundo un elemento esencial del contenido del sobre tercero, el plazo de garantía, que es un criterio evaluable de forma automática y no sujeto a subjetividad en su valoración. El compromiso de disponer de piezas de recambio no es una garantía sino una obligación general del contratista, como la de tener la pertinente clasificación o gozar de personalidad jurídica, por ello, tal compromiso se debe aportar en el sobre primero y, posteriormente, queda claro que el aumento del plazo de garantía debe ir en el sobre tercero.
- b) No se puede alegar falta de motivación cuando el recurrente solo funda su recurso en lo excusable a su juicio de consignar en el sobre 2 el plazo de garantía que debería haber ido en el sobre 3, lo cual expresa que ha entendido perfectamente el motivo de su exclusión.
- c) Basta la importancia atribuida por la Audiencia Nacional (Sentencia de 31 de enero de 2002, Rec. 106/2001) a un error similar al que ha dado



lugar a la exclusión de la recurrente para deducir que no hay falta de proporcionalidad en la exclusión.

NOVENO: Este OARC/KEAO, por razones de orden metodológico, considera conveniente alterar el orden del análisis de los diversos motivos de impugnación aducidos y examinar en primer lugar el consistente en la falta de motivación del acuerdo de exclusión, pues una eventual estimación del mismo haría innecesario entrar a tratar el resto de motivos alegados.

El recurrente apoya su denuncia de falta de motivación de la decisión de exclusión en que «la Mesa de contratación se limita a señalar muy sucintamente la causa de exclusión basada en la infracción de la cláusula 20 del PCAP en relación con el dato relativo al plazo de garantía pero sin justificar la relevancia que tal supuesta infracción tendría como para provocar la exclusión »

No puede ser acogido el argumento de la recurrente, ya que la extensión del razonamiento es irrelevante si es suficientemente expresivo del proceso lógico que ha llevado al dictado de la decisión. Consecuentemente, una vez que constan las razones que fundamentan la adopción del acto, no es exigible adicionalmente que se siga un determinado itinerario argumental, como pretende el recurrente al requerir una ponderación de la relevancia del error; así lo demuestra además el hecho de que la supuesta infracción que denuncia no le ha impedido interponer un recurso fundado en derecho. Por otro lado, una vez que se ha comprobado la materialidad de la ruptura de la valoración separada de los criterios subjetivos y los que se evalúan mediante fórmula, no cabe que el poder adjudicador gradúe la importancia de la infracción (ver el último párrafo del siguiente Fundamento jurídico).

DÉCIMO: La recurrente considera que la siguiente mención obrante en su oferta «Dado que ofrecemos 5 años de garantía, obtendrá también 5 años de mantenimiento.», ha sido erróneamente interpretada por la Mesa de contratación, pues no se refiere a una información evaluable mediante la aplicación de criterios sujetos a fórmula sino a la garantía de disposición de piezas de



recambio, que no es objeto de valoración alguna. Además, alega que la cláusula 6 del PPT, referente a las garantías del suministro, es ambigua.

La resolución de las cuestiones planteadas ha de partir del examen de las cláusulas contractuales que guardan conexión con las cuestiones planteadas. La cláusula sexta del PPT es alegada por el recurrente como ambigua y dispone lo siguiente:

SEXTA. PLAZO DE GARANTIA Y ASISTENCIA TECNICA:

Se establece un plazo mínimo de GARANTÍA de DOS años a contar desde la fecha de entrega e instalación de los bienes, y disponibilidad de piezas de recambio durante, al menos, cinco años. SE PRESENTARÁ EL COMPROMISO EN DOCUMENTO FIRMADO Y SELLADO.

Dicha garantía se entiende in situ e incluirá todos los gastos en concepto de reposición de los materiales defectuosos, repuestos originales, mano de obra y desplazamientos, así como cualquier tipo de ayuda.

El alcance de la garantía comprenderá:

- Reparación con carácter urgente.
- Sustitución por defecto o anomalía.

El plazo de garantía se empezará a contabilizar desde el siguiente día en que se acepte la instalación y funcionamiento de los equipos objeto de este Pliego, aceptación que constará

En el correspondiente Acta de Recepción.

Los plazos de garantía del suministro también son objeto de estipulación en la cláusula 14 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), que establece lo siguiente:

14.- Plazos de garantía.

El plazo mínimo de garantía será de 2 (dos) años, a contar desde la fecha del acta de recepción citada en el apartado 3 de este documento (y 4 del PCT). Este plazo de garantía es mejorable por el licitador.

Durante el plazo de garantía, el contratista será responsable por los defectos que puedan manifestarse en los elementos instalados.

Por otra parte, el licitador deberá presentar, en su sobre primero (documentación general), un compromiso de disponer de las piezas de recambio que puedan precisarse, durante un plazo de al menos cinco años a contar desde el acta de recepción.



En lo concerniente a la presentación de proposiciones, la cláusula 20 del PCAP, en lo concerniente a la garantía a ofertar, señala lo siguiente:

20.-Presentación de proposiciones

SOBRE PRIMERO: que se titulará: “**PROPOSICIÓN PARA TOMAR PARTE EN LA CONTRATACIÓN, POR PROCEDIMIENTO ABIERTO, DEL SUMINISTRO DE EQUIPAMIENTO ESCÉNICO (ESTRUCTURA Y MECÁNICA ESCÉNICA, ILUMINACIÓN ESCÉNICA, AUDIOVISUALES) PARA EL NUEVO CENTRO DE ARTES ESCÉNICAS DE GETXO ANTZOKIA-MUSIKA ESKOLA**”.

(...)

8.- Compromiso de disponer de las piezas de recambio que puedan precisarse, durante un plazo de al menos cinco años a contar desde la entrega e instalación (de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 14 de este documento).

(...)

SOBRE SEGUNDO: Se titulará del mismo modo que el anterior y se subtitulará “**SOBRE SEGUNDO: CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA NO AUTOMÁTICA**”. En la parte exterior aparecerán, además, el nombre de la licitadora y su C.I.F. Contendrá:

- 1) ÍNDICE EN HOJA SEPARADA.
- 2) PLAN DE TRABAJO, con el contenido mínimo necesario para la evaluación de los criterios no evaluables automáticamente (MEDIOS HUMANOS Y MATERIALES e IDONEIDAD CON EL PROYECTO TÉCNICO, PLAN DE MANTENIMIENTO DE LAS INSTALACIONES Y FORMA DE REALIZAR LOS TRABAJOS). Todo ello de acuerdo a lo dispuesto en el Anexo 2 del PCT.

La inclusión en el sobre segundo de datos que hayan de formar parte del sobre tercero (criterios evaluables automáticamente), dará lugar a la exclusión de la oferta.

SOBRE TERCERO: Se titulará del mismo modo que los anteriores y se subtitulará “**SOBRE TERCERO: CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA**”.

En la parte exterior aparecerán, además, el nombre de la licitadora y su C.I.F. Contendrá:

(...)

- 3) AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE GARANTÍA.

(...)

Conforme al art. 67.2.t) del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, el plazo de garantía del contrato es un dato que se ha de incluir en el PCAP, y no en el PPT (ver también el artículo 68.3 del citado Reglamento); no obstante, los pliegos rectores de un procedimiento de adjudicación son ley del contrato (en el sentido de que rigen la licitación), de modo que hay que



aplicarlos en su integridad si no han sido recurridos por las partes (Resolución 92/2013) y de sus cláusulas no se deriva un vicio que haga que los actos sucesivos derivados incurran, necesariamente, en arbitrariedad (Resolución 16/2017).

La pretensión de anulación del acuerdo de exclusión basado en la ambigüedad de la cláusula 6 del PPT no puede prosperar. En el contrato que nos ocupa, la comprensión del contenido de la garantía de las prestaciones exige una lectura conjunta de las dos estipulaciones que la desarrollan, la 6 en el PPT y la 14 en el PCAP.

La cláusula 6 del PPT se refiere a dos conceptos; un plazo de garantía mínimo de dos años y una disponibilidad de piezas de recambio durante al menos cinco años. Ha de ser interpretada de forma sistemática con la cláusula 14 del PCAP que es clara al establecer un plazo mínimo de dos años, susceptible de ser mejorado y valorado de forma automática, durante el cual el contratista garantizará los defectos que puedan manifestarse en los elementos instalados y, por otro, establecer la obligación de presentar un compromiso de disponer de las piezas de recambio durante un mínimo de cinco años que no es susceptible de valoración. Igualmente, debe ser interpretada sistemáticamente con la cláusula 20 del PCAP que establece el contenido de cada uno de los sobres que componen la oferta contractual. Así, en el sobre primero, que contiene la documentación general, se deberá incluir el compromiso de disponer de las piezas de recambio y, en el sobre tercero, que contiene los criterios evaluables de forma automática, la oferta de la ampliación del plazo de garantía. Todo ello conduce a que no se pueda alegar ambigüedad en cuanto a la intención del poder adjudicador al regular la garantía del contrato o la forma de realizar la oferta del mismo. Además, los propios actos del recurrente demuestran que ha entendido el contenido de las citadas cláusulas en el sentido expuesto, pues en el sobre primero ha aportado de forma correcta el compromiso de disponer de las piezas de recambio al que se refiere el último párrafo de la cláusula 14 del PCAP. Consecuentemente, el motivo de impugnación del acuerdo basado en la ambigüedad de la cláusula 6 del PPT no puede prosperar.



Tampoco puede prosperar la alegación de que la mención «Dado que ofrecemos 5 años de garantía, obtendrá también 5 años de mantenimiento.», incluida en el Plan de trabajo aportado en el sobre segundo, se refiera al compromiso de disponer de las piezas de recambio. La oferta de 5 años de garantía se desarrolla en la propia oferta con los servicios que ésta comprende, entre los que se encuentran el «Mantenimiento e inspección anual de toda la instalación», el «Acceso al servicio de asistencia técnica (...)», y la «(...) presencia in situ para resolver un problema, el mantenimiento la incluirá siempre que el problema esté relacionado con un mal funcionamiento o error del producto cubierto por la garantía.». Como se puede constatar de su mera lectura, lo ofertado no es un mero compromiso de disponer de las piezas de recambio necesarias, el cual ha sido incluido en el sobre primero, sino que engloba una garantía de los defectos de los bienes instalados, con el contenido exigido en la cláusula sexta del PPT que es, precisamente, uno de los contenidos de la oferta susceptible de ser evaluado de forma automática.

La consecuencia de revelar anticipadamente un aspecto de la oferta susceptible de ser evaluado de forma automática únicamente puede conllevar la exclusión de la totalidad de la propuesta contractual por dos razones: la primera, que así está dispuesto en la cláusula 20 del PCAP, admitida por el propio recurrente, en la que se expresa de forma clara la regla de que «La inclusión en el sobre segundo de datos que hayan de formar parte del sobre tercero (criterios evaluables automáticamente), dará lugar a la exclusión de la oferta.» y la segunda, que este OARC/KEAO ha manifestado en pronunciamientos anteriores (ver, en este sentido, la Resolución 74/2017) que «La sanción al licitador que infringe materialmente esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo sobre dicha objetividad (ver, por ejemplo, la Resolución 191/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).» Ello es la consecuencia de la aplicación del párrafo 3º del artículo 150.2 del TRLCSP que dispone que «la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en los que no concurra esta circunstancia (...)», y el artículo 26 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público,



aprobado por el Real Decreto 817/2009, el cual prevé que «la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.» (ver también los párrafos 2 y 3 del artículo 30 del mismo reglamento).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.2 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 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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SHOW THEATRE EQUIPMENT BV contra su exclusión del contrato “Suministro de equipamiento escénico (estructura y mecánica escénica, iluminación escénica) para el nuevo centro de artes escénicas de Getxo Antzokia-Musika Eskola, Lote 1”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada por la Resolución B-BN 23/2017, de 3 de noviembre de 2017.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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



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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko abundaren 1a

Vitoria-Gasteiz, 1 de diciembre de 2017