



EB 2020/099

Resolución 132/2020, de 7 de octubre, 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 FERROVIAL SERVICIOS, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Reforma de la climatización del polideportivo de Rekalde”, tramitado por BILBAO KIROLAK.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 9 de julio de 2020 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 FERROVIAL SERVICIOS, S.A. (en adelante, FERROVIAL) contra la adjudicación del contrato de “Reforma de la climatización del polideportivo de Rekalde”, tramitado por BILBAO KIROLAK.

SEGUNDO: El día 10 de julio 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 14 del mismo mes.

TERCERO: Con fecha 16 de julio se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose el 23 de julio las de la empresa GIROA, S.A.U. (en adelante, GIROA), adjudicataria impugnada.





II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J. K. N. M., 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 el acuerdo de adjudicación podrá ser objeto de recurso.

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 Bilbao Kirolak - Instituto municipal de deportes de Bilbao, S.A. tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Motivos del recurso

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

a) Concurren diversos incumplimientos de requisitos obligatorios exigidos por el condicionado del contrato en la oferta de la adjudicataria. En concreto:

1. La deshumectadora ofertada por GIROA no cumple con el requisito exigido por el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), ya que la presión disponible es de 196 Pascal (Pa) cuando el pliego exige que sea de 200 Pa.
2. La misma máquina ofertada incumple el requisito exigido por el PPT del control de ventilación por nivel de CO₂ en ambiente.

b) Por ello, se solicita la exclusión de la licitación de la adjudicataria con retroacción de las actuaciones al momento de formulación de la propuesta de adjudicación.

SÉPTIMO: Alegaciones de la adjudicataria impugnada

GIROA se opone al recurso con los siguientes argumentos expuestos resumidamente:

a) Para que la máquina a instalar (deshumectadora) cumpla con el requisito de una presión disponible de 200 Pa después de filtros la presión total (Pt) del ventilador ha de ser de 914 Pa. En este sentido, se aporta una gráfica en la que se afirma que con una Pt de 1.200 Pa y una pérdida de carga (Pi) de 714, la presión disponible a 2.135 rpm sería de 486 Pa, cifra muy superior a los 200 Pa requerido por los pliegos.



b) En la ficha técnica del equipo ofertado consta que viene incluido la sonda de CO₂, cumpliendo, por tanto, con lo requerido en el PPT.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso por los siguientes motivos:

a) En lo que respecta a la presión disponible después de filtros de 200 Pa, Bilbao Kirolak considera que el hecho de que la máquina ofertada presente una presión disponible de 196 Pa no supone un incumplimiento de la cláusula 2 del PPT porque dicho pliego no hace referencia a requisitos mínimos imprescindibles, sino que es una orientación no exhaustiva de especificaciones técnicas. Además, la diferencia es tan mínima, imprescindible e infalible (apenas de un 2%) que no puede sostenerse como requiere la doctrina administrativa que el hipotético contrato formalizado en estos términos incumpliría los requisitos establecidos en los pliegos como imprescindibles para la satisfacción del interés general.

b) El hecho de que en la memoria no se recoja el control de ventilación por CO₂ del equipo no significa que no vaya a realizarlo tal y como lo requiere el PPT en la medida que lo exige la normativa aplicable (Decreto 724/2013, de 27 de septiembre por el que se establecen los criterios técnico-sanitarios de las piscinas) a la que se ha sometido GIROA.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente pretende la exclusión de la oferta de GIROA 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 GIROA un primer incumplimiento de las prescripciones técnicas relativo a la presión disponible después de filtros (200 Pa) que debe cumplir la deshumectadora 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. 2 del PPP cuyo contenido es el siguiente:

2. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

Se describen de forma no exhaustiva las principales actuaciones siendo por cuenta de los lidiadores presentar la mejor solución en sus ofertas.

(...)

2.2 Condiciones requeridas

Las condiciones básicas que debe cumplir la nueva deshumectadora son:

Capacidad de deshumectación mínimo de 85 kg/h, caudal de aire 20.000 m³/h, prefiltros en aspiración de aire de piscina y toma de aire exterior y filtros F6 en entrada de aire e Impulsión, ventiladores EC plug-fan con control de caudal y presión disponible después de filtros 200 Pa en la impulsión y 150 Pa en la extracción (...)

Aunque el poder adjudicador no niega que la presión disponible de la máquina deshumectadora ofertada por GIROA sea inferior a la mínima establecida en la cláusula 2 del PPT descrita, la adjudicataria manifiesta que se cumple con la cifra mínima exigida conforme a determinados niveles de funcionamiento descritos en una gráfica en el escrito de las alegaciones del recurso. Los argumentos tanto del poder adjudicador como de la adjudicataria 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 equipo de deshumectación mediante la exigencia de unas concretas magnitudes físicas mínimas y, entre ellas, la consistente en que la presión disponible después de filtros sea de 200Pa en la impulsión del aire. A este respecto, tal y como consta en la propia cláusula 2.2 del PPT se describen “Las condiciones básicas que debe cumplir la nueva deshumectadora ...”; sin embargo, el adjudicatario impugnado, aun conociendo y consintiendo los pliegos, ha presentado una oferta que no la satisface (20 mmca, cuyo equivalente es 196 Pa).

- 2) Las alegaciones del poder adjudicador no pueden aceptarse, pues (i) con relación a que el pliego de prescripciones técnicas no hace referencia a requisitos mínimos imprescindibles sino que es una orientación no exhaustiva de especificaciones técnicas, no es lo que se desprende de la cláusula 2 del PPT, ya que lo que aparece reflejado como no exhaustivas son las actuaciones a realizar por el adjudicatario (conexiones hidráulicas y eléctricas, puesta en marcha, legalización de la instalación, etc., descritas en los apartados 3 y siguientes de la misma cláusula 2 como “actuaciones”) y, sin embargo, en lo que a las especificaciones técnicas básicas del equipo a instalar se utiliza la expresión “Las condiciones básicas que debe cumplir la nueva deshumectadora...” lo que implica obligación, por lo que no nos encontramos ante una simple orientación sino ante unos requisitos de obligado cumplimiento; y (ii) la propia sociedad pública reconoce que la máquina ofertada por la adjudicataria no alcanza el mínimo exigido, pero trata de relativizar dicho incumplimiento por ser mínimo. Este OARC/KEAO ya ha señalado con anterioridad (ver, la ROARC 42/2019) que (...) el órgano de contratación no puede rebajar en el momento de la valoración la importancia y la necesidad de estos requerimientos 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. De acuerdo con lo señalado en la Resolución nº 254/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, entender



en el momento de valoración que lo que se exige en el PPT puede ser "relajado" o, que las diferencias con los valores ofertados "no son trascendentes", supone no sólo que el órgano de contratación está excediendo de su potestad de interpretación de los pliegos sino también que está modificando unilateralmente los pliegos durante el procedimiento de licitación, actuación que vulnera de plano los principios vertebrales de la contratación pública.

- 3) El adjudicatario impugnado trata de demostrar que el equipo ofertado cumple con la cifra requerida por el pliego (200 Pa) mediante una gráfica que simula el funcionamiento de la instalación y cómo funcionando a determinadas revoluciones por minuto el equipo cumple sobradamente con lo requerido. Esta alegación no es aceptable porque la ficha técnica aportada por GIROA junto con la oferta económica de la deshumectadora de la marca AIRLAN modelo DAIR90 refleja como dato técnico la presión disponible de 20 mmca (Milímetro de columna de agua), de tal forma que si se realiza la equivalencia (para adecuarla a la magnitud establecida por el PPT) entre la unidad de medida de presión pascal (Pa) y la unidad de medida de presión milímetro de columna de agua (mmca) que es de $1 \text{ mmca} = 9,8 \text{ Pa}$, la resultante nos arroja la cifra de 196 Pa ($20 \text{ mmca} \times 9,8$), esto es, una cifra inferior a la exigida por el pliego.
- 4) Por último, debe indicarse que el incumplimiento se deduce sin dificultad del contraste de la oferta del adjudicatario con el PPT, pues la presión disponible de la deshumectadora propuesta no llega al mínimo establecido en el PPT, prescripción técnica que tiene la condición de mínimo conforme a lo dispuesto en la cláusula 2 de dicho pliego, sin que pueda aceptarse ahora, en fase de recurso, una nueva ficha técnica, pues la aportación de documentación técnica "actualizada" en un momento posterior a la presentación de la oferta y con un contenido contradictorio con el expresado en ella, del cual se deduce un claro incumplimiento del PPT, equivale a una reelaboración de dicha oferta, lo que no es aceptable (ver, por todas, la Resolución 160/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C523/16, ECLI:EU:C:2018:122).



c) Conclusión

La falta de cumplimiento de las determinaciones del PPT en lo que respecta a la presión disponible del equipo ofertado es motivo suficiente para la estimación del recurso y la anulación de la adjudicación con exclusión de la oferta de GIROA, lo que conlleva la retroacción del procedimiento para efectuar una nueva adjudicación en los términos previstos en el artículo 150.4 de la LCSP. Dado que la anulación de la adjudicación y la exclusión de la adjudicataria 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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial interpuesto por la mercantil FERROVIAL SERVICIOS, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Reforma de la climatización del polideportivo de Rekalde”, tramitado por BILBAO KIROLOAK, acordando la anulación de la adjudicación y la exclusión de la oferta de GIROA del procedimiento de adjudicación y la retroacción del procedimiento para efectuar una nueva adjudicación en los términos previstos en el artículo 150.4 de la LCSP.

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



TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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, 2020ko urriaren 7a

Vitoria-Gasteiz, 7 de octubre de 2020