



EB 2021/093

Resolución 138/2021, de 2 de septiembre, 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 LURKOI APLICACIONES TÉCNICAS A LA MADERA, 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 24 de mayo 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 LURKOI APLICACIONES TÉCNICAS A LA MADERA, S.L. (en adelante, LURKOI) 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 mismo día 24 se recibió, el día 27 del mismo mes, 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 31 de mayo, se han recibido las alegaciones de la empresa LAPPSET ESPAÑA VR S.L. (en adelante, LAPPSET), adjudicataria impugnada, el 4 de junio.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de I.G.E. que actúa en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación, LURKOI fue excluida de la licitación ahora impugnada en virtud de la Resolución 60/2021 del OARC / KEAO, que resolvió el recurso especial EB 2020/019, interpuesto por LAPPSET. No obstante, este Órgano ya ha reconocido (ver, por ejemplo, su Resolución 172/2020) la legitimación del licitador excluido mientras esta decisión no sea firme y del éxito de su pretensión se derive un beneficio efectivo. En el supuesto que nos ocupa concurren ambos requisitos: en lo que respecta al primero, la decisión de exclusión no es firme porque la Resolución 60/2021 ha sido objeto de un recurso contencioso administrativo interpuesto por LURKOI. En lo que se refiere al segundo, la estimación de la pretensión del recurso significaría que el procedimiento de adjudicación fuera declarado desierto, lo que muy probablemente, supondría la convocatoria de un nuevo procedimiento en el que LURKOI podría presentar una oferta; ello implicaría una mejora respecto a su actual situación de operador excluido. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que LURKOI y LAPPSET tienen un “interés legítimo equivalente” en refutar cada uno de ellos la oferta del otro (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4/7/2013, C-100/12, ECLI: EU:C:2013:448 y de 5/4/2016, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, así como la Resolución 134/2020 del OARC / KEAO y las que en ella se citan). En este caso, solo LAPPSET pudo hacer efectivo dicho interés en el recurso que dio lugar a la Resolución 60/2021, en el que LURKOI participó como interesado, posición procedimental que no le permitió formular pretensión alguna que la citada Resolución debiera resolver (ver, por ejemplo, la Resolución 56/2017 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no puede ahora negarse a LURKOI el acceso al recurso



especial para que pida la anulación de la nueva adjudicación y la exclusión de LAPPSET, habida cuenta de que ello no supone impugnar la Resolución 60/2021, lo que no sería aceptable (ver el artículo 59 de la LCSP).

Por todo lo anterior, debe aceptarse la legitimación activa del recurrente.

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

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) El recurrente alega que la adjudicataria debió ser excluida del procedimiento de adjudicación por los siguientes motivos:

- La oferta de LAPPSET incumple la prescripción relativa al mínimo de m2 de panel de malla electrosoldada de 30 mm que debe cumplir el castillo a



suministrar, ya que no se incluye ni una sola referencia a dicha malla ni en la documentación gráfica, ni en los planos, ni se identifica el elemento en el despiece de materiales. Tan es así, que esta circunstancia aparece reseñada en el propio informe del técnico municipal.

- La adjudicataria ha incumplido la preceptiva aportación de documentación técnica junto con la memoria técnica exigida por la cláusula 7 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT); concretamente, no se incluyen los manuales de montaje y mantenimiento de los elementos ofertados y en el documento de despiece no se identifica cada una de las piezas y los materiales ofertados (barras de acero, unidades de pie de acero galvanizado, los paneles de HPL...)
- La oferta de LAPPSET no incluye los tejados de los torreones exigidos por el PPT.
- Tampoco se cumple con la prescripción relativa a la unificación con césped artificial del pavimento existente en la torre actualmente instalada, pues la oferta excluye cualquier instalación de césped artificial en la zona de la torre actual.

b) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado.

SÉPTIMO: Alegaciones de LAPPSET

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso por las razones que se exponen a continuación:

a) En cuanto al incumplimiento relativo a los m² de la malla electrosoldada, la oferta de la adjudicataria describe la misma en lo que se refiere al material (acero galvanizado), se ha representado gráficamente y, finalmente, se ha cuantificado la cantidad de sus metros cuadrados (38) que superan ampliamente los 28 m² exigidos por el PPT.

b) Respecto a la falta de la aportación de documentación técnica junto con la memoria, la memoria técnica de LAPPSET hace referencia tanto a los materiales utilizados como al mantenimiento del juego a suministrar. Por otro lado, la



recurrente no distingue correctamente entre los requisitos técnicos mínimos que debe cumplir la oferta y las cantidades que a modo ejemplificativo aparecen en el pliego. En este sentido, la oferta de la adjudicataria cumple escrupulosamente con los mínimos exigidos por el pliego.

c) Con relación al incumplimiento de los tejados de los torreones achacado, indica que en ningún caso se exige que los tejados protejan de la lluvia, al igual que las almenas no protegen de los proyectiles o las puertas de los asedios.

d) Respecto al incumplimiento relativo a la unificación con césped artificial del pavimento existente en la torre actualmente instalada, de los pliegos no se desprende que el césped deba instalarse sobre el pavimento amortiguado existente, sino que ambas superficies (pavimento existente y césped a instalar) deben conectarse formando una unidad.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente:

a) Entiende, tras unos cálculos efectuados, que la oferta de la adjudicataria contiene una superficie de paneles de malla electrosoldada superior a los 28 m² exigidos por los pliegos, aunque no lo señala expresamente en la oferta.

b) La memoria de LAPPSET presenta una ficha de los elementos con los despieces de los mismos con número y dimensiones; además, en la memoria de suministros se indica la superficie, alturas, plataformas, postes, pies de acero etc. de todos ellos, salvo los M2 de la malla electrosoldada. Por ello, salvo en el tema de la malla, se cumple con lo exigido por los pliegos.

c) El término tejado utilizado en los pliegos era para expresar que ese elemento tenía que tener un acabado donde ubicar los mástiles para banderas, sin que tuviese que ser cerrado o ciego. Según la RAE el tejado es la parte superior del edificio.



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, la pretensión de exclusión de la adjudicataria del contrato se funda en diversos incumplimientos de la oferta técnica. El análisis de la viabilidad de la pretensión debe partir del contenido de los apartados relevantes de los pliegos, que rigen el procedimiento de adjudicación vinculando al poder adjudicador y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

PCAP

ANEXO XI

CRITERIOS DE ADJUDUDICACIÓN SUBJETIVOS SUJETOS A EVALUACIÓN PREVIA (SOBRE DOS)

MEMORIA TÉCNICA 45 PUNTOS

La memoria técnica deberá incluir los siguientes mínimos que deberán acreditarse en la correspondiente documentación gráfica y planos

- Superficie mínima del elemento de 270 m²
- Altura mínima del juego 11,2 m
- Número mínimo de plataformas de suelo de 59 unidades de 80x80 cm mínimo.
- Número de postes laminados mínimo de 138 unidades.
- Número de pies de acero galvanizado embutidos en postes mínimo 64 unidades
- Altura de tobogán de tubo de acero inoxidable mínima de 6,3 m.
- M² de panel de HPL mínimo de 45m²
- M² de panel de malla electrosoldada de 30mm mínimo de 28m²
- Número mínimo de toboganes con lateral de madera laminada 3.

Las ofertas que incumplan o que no acrediten fehacientemente mediante planos y documentación gráfica algunos de los puntos señalados obtendrán cero puntos en la valoración de la memoria técnica.

En las memorias técnicas que recojan y acrediten documentalmente los requisitos mínimos señalados anteriormente se valorarán los siguientes aspectos:

PPT

7.4. DESCRIPCION DEL JUEGO A DESARROLLAR.

Juego infantil evocando un castillo medieval de grandes dimensiones, que parte del juego ya instalado en la zona ajardinada existente junto a la fachada este del edificio consistorial, y lo amplía, conectándose a éste mediante un puente a una de sus plataformas, cubriendo parte del



espacio libre ajardinado existente entre dicho juego ya existente y una tirolina también existente en la parte más al este de dicha zona ajardinada.

El nuevo elemento tiene una dimensión mínima de 270 metros cuadrados, con al menos 64 unidades de pies de acero galvanizado embutidos en hormigón y una altura total de 11,2 m. Forma una gran estructura con al menos 59 plataformas de suelo de medida mínima de 80x80 unida al juego ya instalado en dicha zona.

Incluye cinco torres con tejado, de diferentes alturas, de 7,3. 7,5. 8,9. 9,4 y 11,3. m. que estarán dotadas de pequeños mástiles en las puntas de las cubiertas para poder izar banderas.

En una salida lateral de una de las torres, el juego incluye un tobogán de tubo de acero inoxidable calidad mínima AISI 304, con diámetro 800mm que parte de una altura mínima de 6,3 m. La estructura dispone, entre otras cosas, de otros tres toboganes de lámina de acero y superficie de deslizamiento inoxidable, con laterales de madera laminada, con tres alturas diferentes de salida comprendidas entre los 87 cm y 210 cm., de dos escaleras de cuerda reforzada con acero, una escalera de madera, un trepador de cuerdas tridimensional, dos suelos de torre de malla de cuerdas, 56 barras de acero, 122 m² de paneles de HPL y 63 m² de malla de acero galvanizado enmarcada para funcionar como panel transparente.

Los paneles serán de HPL laminados de alta presión, con un grosor de 6 a 20 mm y resistentes a arañazos, desgaste, rayos ultravioletas y cambios climáticos. Ocupando un mínimo de 45 metros cuadrados en el juego.

Los componentes metálicos serán de aluminio anodizado, acero inoxidable AISI 304 o acero galvanizado pintado electrostáticamente. 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

La futura instalación de los juegos propuestos se realizarán directamente sobre la superficie actual existente, entre el actual juego antes mencionado y un juego tirolina, se tendrán que diseñar y ejecutar el correspondiente pavimento amortiguador en espesor a determinar en función de las alturas de caída, que garantice el cumplimiento de la normativa sobre absorción de impactos en áreas de juego infantil.

El material a instalar será césped artificial y recaerá en las empresas licitadoras el encaje estético y los detalles para la correcta instalación del mismo, correcto funcionamiento y durabilidad. También se tendrá que unificar con césped artificial el actual pavimento que se encuentra instalado en la torre de juegos ya instalada. Además, se tendrá que adecuar para evitar la formación de balsas y acumulación de agua en la zona de juegos

A la vista de todo ello, y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO. En primer lugar, se expondrá la doctrina general de este Órgano sobre el cumplimiento de las prescripciones técnicas por las ofertas y la exclusión o aceptación de estas últimas; posteriormente, se contrastará dicha doctrina con el supuesto analizado.



a) Doctrina general sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas

En resumen, y refiriéndonos únicamente a las cuestiones relevantes para el caso, es doctrina reiterada de este Órgano lo siguiente:

- 1) 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. El establecimiento de las prescripciones técnicas corresponde al órgano de contratación, sin que quepa relativizarlas u obviarlas, ni adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o que no garantiza su respeto. La exigencia de que las proposiciones sean conformes a las prescripciones de los documentos del contrato deriva del principio de igualdad de trato de los licitadores y tiene como fin garantizar una comparación objetiva entre las proposiciones presentadas por los diferentes licitadores que no se cumpliría si se permitiera que pudieran apartarse, mediante reservas, de las prescripciones fundamentales del pliego, excepto cuando se establezca expresamente dicha facultad (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89 ECLI:EU:C:1993:257, apartados 37 y 40). Téngase en cuenta que el hecho de que no se respeten las prescripciones del contrato imposibilita la comparación efectiva de las ofertas presentadas, ya que elimina la base de referencia común. Por ello, que el poder adjudicador se aparte de los documentos de la licitación aceptando ofertas que no respondan al objeto del contrato tal y como ha sido definido en los documentos contractuales es irreconciliable con los principios de transparencia e igualdad de trato (ver, por ejemplo, la Resolución 51/2021 del OARC / KEAO y todas las que cita).



2) Una decisión tan grave como la exclusión de un licitador solo debe tomarse cuando la oposición entre su oferta y el PPT 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, por ejemplo, la Resolución 016/2020 del OARC / KEAO). En este sentido, la presentación de la proposición ya supone el acatamiento de los pliegos (artículo 139.1 de la LCSP), por lo que no puede excluirse una oferta tan solo porque no incluya una mención o acreditación expresa de alguna prescripción técnica, excepto cuando dicha acreditación se exija al licitador en los propios pliegos (ver, por todas, la Resolución 91/2020 del OARC / KEAO).

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

El recurso achaca a la oferta de LAPPSET el incumplimiento de diversas prescripciones técnicas que se analizan a continuación:

b.1) Sobre el incumplimiento del mínimo de M2 (28) de panel de malla electrosoldada

En síntesis, y por lo que afecta al objeto del recurso, los pliegos establecen que con el fin de facilitar la visibilidad de los niños dentro del juego se habrán de instalar en diferentes zonas de juego malla electrosoldada de 30mm en no menos de 28 metros cuadrados, incumplimiento que la recurrente achaca a la adjudicataria. Este motivo de impugnación debe desestimarse porque, si bien es cierto como señala LURKOI, que el informe evacuado por la arquitecta técnica del Ayuntamiento de fecha de 27 de febrero de 2021 con ocasión del recurso especial presentado por LAPPSET establecía que en la memoria técnica presentada por esta última no se hacía mención a la superficie de los paneles de la malla electrosoldada, y en el más reciente informe relacionado con el presente recurso lo reitera de manera indirecta (aunque reconoce que teniendo en cuenta



los planos y la gráfica presentada se puede calcular que se superarían los 28m² de panel de malla electrosoldada), este Órgano ha constatado, tras el análisis del expediente remitido por el Ayuntamiento, que en la memoria técnica de LAPPSET (página 155 del expediente) se recoge el panel de malla y su superficie de 38 m², la cual es superior al mínimo de 28 m² exigidos en los pliegos; además, dicha malla se describe a lo largo de la memoria, tanto de forma escrita como gráfica, y se indica el material del que está compuesta. Dado que la oferta de LAPPSET cumple con lo requerido por el pliego, este motivo impugnatorio no puede ser estimado.

b.2) Sobre el incumplimiento de la aportación de documentación técnica junto con la memoria.

LURKOI considera que la adjudicataria no ha aportado la necesaria documentación técnica junto con la memoria técnica, tal y como lo pide el pliego, lo cual debería conllevar la no valoración de la memoria técnica y consiguientemente la exclusión de la oferta de LAPPSET por no supera el umbral mínimo establecido por el pliego. A juicio de este Órgano, este motivo impugnatorio tampoco cabe ser aceptado, pues consta en la memoria técnica presentada por la adjudicataria (i) una memoria de suministros (página 122 y siguientes del expediente) en la que se describen los diferentes elementos que componen el juego indicando el material, características, dimensiones y forma de fijación; (ii) la ficha de elementos con los despieces de los mismos, su número de referencia, dimensiones y unidades a suministrar (página 153 y siguientes); (iii) las características técnicas de cada uno de los materiales, acabados y tratamientos recibidos de forma que se explica el tipo de mantenimiento requerido; (iv) el apartado Instalación multi juego (págs. 137 y 138) hace referencia a como han de fijarse los anclajes, postes, toboganes con sus correspondientes croquis; y (v) finalmente se aportan los certificados de procedencia de la madera y los aceros. En definitiva, la memoria técnica presentada por la adjudicataria contiene toda la información necesaria y requerida por los pliegos para poder ser valorada, tal y como señala el informe de la técnico municipal.



b.3) Sobre el incumplimiento relativo a los tejados de los torreones

La recurrente solicita la exclusión de la oferta de la adjudicataria porque los elementos decorativos ofertados por ésta no cumplen con la finalidad que se exige a un tejado, a saber, tapar o resguardar un edificio. La alegación debe ser rechazada, pues el pliego no requiere en ningún momento que el tejado de los torreones tenga que ser cerrado y ciego, como bien indica el poder adjudicador, bastando únicamente con que disponga de pequeños mástiles en las puntas para poder izar banderas, circunstancia que es satisfecha por la oferta de LAPPSET.

b.4) Sobre el incumplimiento relativo a la unificación con césped artificial del pavimento existente en la torre actualmente instalada

Considera LURKOI que la oferta de LAPPSET no cumple con la exigencia del pliego de que el pavimento donde se encuentra la torre actualmente existente deba ser cubierto con el césped artificial a instalar con ocasión del nuevo elemento de juego. A juicio de este Órgano, dicha interpretación no se corresponde con una lectura integrada del pliego, pues a pesar de que la expresión “unificar con césped” pudiera dar lugar a la interpretación dada por la recurrente debido a la utilización de la preposición “con”, lo cierto es que en ninguna parte del pliego se requiere claramente dicha circunstancia. Así, tanto en el PCAP como en el PPT, se establece como superficie mínima del elemento a suministrar (en el que debe incluirse el pavimento amortiguador) la de 270 m²; incluso, en el Anexo II del PCAP a la hora de calcular el presupuesto base de licitación el propio poder adjudicador lo realiza sobre la cifra de 270 m² de césped artificial, cantidad ofertada por la adjudicataria impugnada. En definitiva, de lo expresado no cabe inferir que la oferta de LAPPSET se oponga frontalmente a lo exigido por los pliegos, por lo que su exclusión por este motivo sería una medida absolutamente desproporcionada. Consecuentemente, el motivo impugnatorio debe ser desestimado.

c) Conclusión



A la vista de lo expuesto en las letras anteriores, el recurso debe desestimarse.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa LURKOI APLICACIONES TÉCNICAS A LA MADERA, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Suministro e instalación del juego infantil singular castillo de Loiu”, tramitado por el Ayuntamiento de Loiu.

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: 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 irailaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de septiembre de 2021