



EB 2023/134

Resolución 205/2023, de 21 de noviembre, 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 sociedad BURUTXAGA HAKINTZAK, S.L. contra la adjudicación del “Contrato de Suministro de productos alimenticios de Hostelería de la Academia Vasca de Policía y Emergencias”, tramitado por la Academia Vasca de Policía y Emergencias (Lotes 1 y 11).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 19 de junio de 2023 se presentó en el registro del Órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la sociedad BURUTXAGA HAKINTZAK, S.L. (en adelante, BURUTXAGA o “La recurrente”) contra la adjudicación del “Contrato de Suministro de productos alimenticios de Hostelería de la Academia Vasca de Policía y Emergencias”, tramitado por la Academia Vasca de Policía y Emergencias.

SEGUNDO El día 21 del mismo mes, se recibió dicho recurso en el registro electrónico del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO). Por otro lado, la 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) se recibieron entre los días 23 y 26 de junio.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 7 de julio, el día 13 de julio han recibido las alegaciones de la empresa CÁRNICAS CONCHI, S.L. (en adelante, CONCHI, S.L.).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de I.B.A., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son actos impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en forma. Respecto a la presentación en plazo del recurso, la adjudicataria impugnada entiende que el mismo ha de ser inadmitido por haber sido interpuesto de forma extemporánea, entendiendo que lo que debió ser objeto de recurso era el acta que acordó la ampliación del plazo de presentación de ofertas. Por el contrario, este Órgano entiende que es claro que el acto impugnado es la adjudicación, con independencia de que la petición de anulación se base, entre otros motivos, en que la ampliación de plazo es un defecto procedimental que la vicia. Téngase en cuenta, además que el acta de ampliación carece de los requisitos exigidos en el artículo 40.2 de la Ley 39/2015,



del procedimiento administrativo común (notificación a los interesados en la que conste, entre otra información, la expresión de los recursos que procedan y el órgano ante el que hubieran de presentarse) por lo que, incluso en el caso de que dicha acta fuera el objeto del recurso, este último no podría considerarse extemporáneo, según una reiterada doctrina (ver, por todas, la Resolución 104/2022 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita).

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Academia Vasca de Policía y Emergencias 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) BURUTXAGA estima que en la presente licitación se ha producido una infracción no subsanable del procedimiento porque se autorizó la modificación de la documentación evaluable mediante criterios subjetivos una vez abierto el sobre C que los contenía. En efecto, una vez abierto el sobre C la Mesa de Contratación autorizó a los licitadores a que modificaran sus ofertas, otorgando un plazo extraordinario para que pudieran ampliar las memorias presentadas, lo que constituye una infracción flagrante del procedimiento que debe determinar la nulidad del mismo y también del acuerdo de adjudicación impugnado.

b) Dicha actuación supone la infracción de:

- Los principios y disposiciones contenidas en los artículos 1, 132 y 139 LCSP y 84 RGLCAP, así como de la jurisprudencia y doctrina que los interpreta.
- El artículo 16.1 del PCAP sobre una nueva apertura pública de la documentación relativa al Sobre C.



- Los artículos 122.1 y 136.2 LCSP sobre la corrección de los pliegos y su deber de retroacción de las actuaciones en situaciones como la presente.

c) La recurrente alega que en el acta que debiera recoger lo sucedido en la sesión de apertura del Sobre C referido a los criterios sujetos a juicio de valor se hacen manifestaciones que no se ajustan a la realidad, como la presencia del Presidente de la Mesa.

d) Finalmente, solicita la declaración de nulidad del acto impugnado.

SÉPTIMO: Alegaciones de CONCHI, S.L.

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

a) Si bien en un principio fueron tres las empresas que se presentaron a la licitación, una de ellas desistió de la misma antes de la apertura del sobre B relativo a la oferta económica, quedando únicamente en los lotes 1 y 11 la recurrente y esta alegante.

b) Como puede observarse en el expediente la alegante no amplió ni presentó en el plazo extraordinario una ampliación de la memoria, por lo que no procede la anulación de la licitación.

c) El hecho de que en el video de la apertura del sobre C no se observe la presencia del Presidente de la Mesa no quiere decir que no estuviera presente, pues el ángulo del video es reducido.

d) La decisión de ampliar el plazo para completar las memorias se justificó adecuadamente por un error en la redacción de la forma de presentación de aquéllas y no perjudicaba o discriminaba a ningún licitador, pues se permitía dicha actuación a todos por igual y no se vulneraba el principio de transparencia



e igualdad de trato. Entiende la alegante que tampoco son de aplicación las sentencias y doctrina citada por la recurrente en su escrito de recurso por hacer referencia a situaciones y hechos totalmente diferentes.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente:

a) En lo que a la forma de presentación de las memorias el pliego señalaba Las empresas licitadoras deberán presentar un documento que no podrá tener una extensión superior a 15 páginas por ambas caras...En caso de superar este límite solo se valorará lo que conste en las primeras 15 páginas. Al abrirse el sobre C que contenía las memorias técnicas de los licitadores, se observó que algunas empresas como la recurrente habían interpretado que la memoria se podía extender hasta el máximo de 30 páginas, mientras que la mayoría, entre las que se incluye la adjudicataria, entendieron que la extensión máxima era de 15 páginas. Ante esta situación, la Mesa realizó una aclaración de la cláusula relativa a la forma de presentación en el sentido de considerar que el número máximo es de 30 páginas y adoptó el acuerdo de conceder un plazo adicional a las empresas que entendieron que el máximo era de 15 páginas para que, si lo consideraban oportuno, pudieran adecuar su propuesta técnica. Ha de añadirse que ni la adjudicataria ni la tercera licitadora en cuestión y que luego desistió utilizaron la medida correctora de ampliación de la extensión de páginas de sus memorias iniciales.

b) Con relación a la apreciación de la recurrente de que en el acta de 8 de marzo se recogen hechos que no tuvieron lugar, como el de la asistencia a la apertura del sobre C, tanto del Presidente como del vocal del órgano de contratación, debe indicarse que (i) desde hace unos años la plataforma de contratación permite mediante el uso de un enlace que la apertura se haga desde una sala virtual en la propia Academia, de forma que los licitadores puedan visualizar directamente la misma vía streaming y al quedar grabado se pueda posteriormente visualizar por las empresas que no pudieron hacerlo en directo al publicar en el perfil los enlaces oportunos; (ii) las sesiones de aperturas de los



expedientes electrónicos requieren de la presencia de un quorum mínimo de 2 personas de las que componen la Mesa de contratación para poder acceder mediante la identificación de las mismas al contenido de las ofertas, descriptando dichos sobres mediante la identificación por certificaciones o tarjetas electrónicas; (iii) todas las actuaciones están recogidas, grabadas y se puede ver la trazabilidad de las actuaciones en la propia plataforma de licitación electrónica; y (iv) como en todos los expedientes de licitación, la Mesa se reúne para acordar las decisiones, aunque en algunas ocasiones puntuales cuando alguno de los componentes no ha podido asistir a la sesión se ha recogido en acta su no presencia.

c) Con la decisión de la Mesa de ampliar el plazo para completar las ofertas como consecuencia de la ambigüedad detectada de la cláusula relativa a la forma de presentación de las mismas, lo único que se ha pretendido es posibilitar que todas las licitadoras sean valoradas en las mismas condiciones de participación y no se cause perjuicio alguno. Así, se entendió que dicha decisión era la menos perjudicial y la más adecuada para subsanar posibles consecuencias que pudieran derivarse en detrimento de todas las personas, pues podía entenderse que la empresa que había presentado 30 páginas, como es el caso de la empresa recurrente, se le podía haber valorado solo la mitad de su memoria por extenderse del límite de las 15 páginas a las que hacía referencia de forma ambigua el pliego. En cambio, si se valoraban las ofertas con 30 páginas, las empresas que habían entendido que el máximo era de 15 páginas se encontrarían en inferioridad de condiciones por haber limitado su información a la mitad.

d) Ha de señalarse que la otra licitadora, esto es la adjudicataria, no hizo uso de ese plazo ampliado para completar su oferta, por lo que dicha decisión no ha tenido ninguna consecuencia ni directa ni indirecta a la hora de las valoraciones y el otorgamiento de las puntuaciones.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO



En resumen, el recurso aprecia que el procedimiento adolece de vicios que determinan la nulidad del acto impugnado. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre las irregularidades del procedimiento de adjudicación

El recurrente cita dos irregularidades que, a su juicio, vician de nulidad el acto impugnado.

a 1) Sobre las irregularidades del Acta de la apertura del sobre C referido a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor

BURUTXAGA alega que en el Acta levantada con ocasión de la apertura del sobre C se recogen cuestiones que difieren de lo realmente ocurrido como, por ejemplo, que se indique que tanto el Presidente de la Mesa como el Vocal del órgano de contratación asistieron al acto de apertura, cuando del video publicado en el Perfil se colige que únicamente asistieron la Secretaria de la Mesa y el Vocal asesor Jurídico, por lo que no fue válidamente constituida. Este motivo de impugnación debe estimarse por las siguientes razones:

1) La Mesa nombrada por resolución de 19/01/2023 del Director General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias se compone de:

- Presidente
- Vocal en representación del Órgano de Contratación
- Vocal asesor jurídico
- Secretaria

2) El artículo 8.4 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi dispone en lo que al presente supuesto atañe que “Para la válida constitución de la Mesa de contratación deberán estar presentes quienes tengan encomendadas las



funciones de presidencia, secretaría y asesoramiento jurídico del órgano de contratación.

- 3) A juicio de este Órgano, en el presente caso no queda acreditada la presencia del Presidente de la Mesa de Contratación en la Sesión de la apertura del sobre C celebrada el 8 de marzo de 2023. Y el OARC/KEAO llega a esta convicción principalmente por dos motivos: (I) de la visualización completa del video grabado de dicha sesión no se advierte la presencia de más miembros de la Mesa que la Secretaria y el Vocal asesor jurídico, que son los que intervienen durante los 28 minutos y 31 segundos de duración, sin que se vislumbre, se oiga o se intuya la presencia de alguna otra tercera persona que induzca a pensar que alguien más que los intervinientes asiste al acto; y (ii) en el escrito de contestación al recurso no se confirma ni se reafirma que el Presidente se encontrara presente y procediera a la apertura de la sesión, y se alega principalmente que en las sesiones de aperturas públicas de expedientes electrónicos se requiere la presencia de un quorum mínimo de 2 personas de la Mesa para poder acceder al contenido de las ofertas mediante la identificación por certificaciones o tarjetas electrónicas. Es decir, de dicha manifestación se puede deducir que bastaba la presencia de dos de las personas que conforman la Mesa para celebrar válidamente el acto de apertura, lo cual contraviene claramente el precepto del Decreto 119/2016 anteriormente reproducido y supone confundir el “quorum” necesario para constituir el órgano colegiado con los requisitos de acceso a los archivos de las proposiciones.
- 4) Consecuentemente y a juicio de este Órgano, la Mesa no se encontraba válidamente constituida para la celebración de dicho acto. Ahora bien, la recurrente no cuestiona la integridad de los sobres, ni sugiere, expresa o tácitamente, una posible manipulación de los mismos, ni alega ninguna infracción de algún principio básico del procedimiento de adjudicación. En particular, en el supuesto que nos ocupa, el acto de apertura de los sobres C ha sido público y, los licitadores han podido comprobar vía telemática



que una vez abiertos, se ha adoptado el acuerdo de remitir su contenido al servicio promotor para su evaluación. Es decir, en la actuación de la Mesa de contratación, eso sí, deficientemente conformada, no consta ningún acuerdo decisorio en orden a la admisión o exclusión de ofertas ni en orden a su evaluación o propuesta de adjudicación, sino una mera actividad de apertura de sobres para acordar remitirlos a quien vaya a evaluar su contenido, lo cual consta expresamente previsto en la cláusula 16.2 del PCAP. En este contexto, por mucho que en el plano formal la mesa de contratación no esté válidamente conformada, considera este Órgano que sería de todo punto contrario a los principios de proporcionalidad, eficiencia administrativa y economía procesal cancelar la presente licitación, para así proceder a la tramitación de una nueva, cuando la recurrente no invoca ninguna otra irregularidad más que la meramente formal de la no coincidencia entre el acta y el vídeo de la apertura. Ahora bien, ello no quiere decir que la irregularidad procedimental observada no tenga efecto alguno, por el contrario, su alcance se analiza en la letra b) del presente Fundamento Jurídico.

a 2) Sobre la irregularidad por ampliación del plazo para completar o ampliar la Memoria Técnica

La recurrente alega que la decisión de la Mesa de ampliar el plazo para completar las Memorias técnicas supone una infracción no subsanable del procedimiento que debe conllevar a la anulación del acuerdo de adjudicación, acto impugnado. Al respecto, se exponen a continuación las consideraciones de este Órgano que concluyen en la desestimación del motivo impugnatorio por estos motivos:

- 1) Este OARC/KEAO comparte con la recurrente que la actuación de la Mesa supone una infracción del procedimiento, pues no cabe después de la apertura de los sobres ampliar el plazo para completar su contenido. Dicho proceder es contrario al principio de inmutabilidad de la oferta, que



impide su negociación o reelaboración una vez presentada (ver, por ejemplo, el artículo 156.1 LCSP).

- 2) Por otro lado, la justificación dada por el poder adjudicador para la toma de dicha decisión tampoco es aceptable, pues la alteración del contenido de una cláusula del pliego que, nada más y nada menos, se refiere a la forma de presentación de un componente esencial de la oferta (Memoria técnica) y a su forma de valoración no puede considerarse un error material, de hecho o aritmético, sino una modificación del pliego por lo que lo procedente era la retroacción de las actuaciones, según establece el artículo 112.1 LCSP.
- 3) Dicho lo anterior, lo que no comparte con la recurrente este Órgano es que dicha irregularidad conlleve a la nulidad del procedimiento y, más específicamente atendiendo a su petición, a la nulidad del acuerdo de adjudicación. Y ello porque este OARC/KEAO considera que la irregularidad cometida no ha influido en el resultado de la licitación ni puede invalidarla. En efecto, analizado el expediente se observa que la adjudicataria no hizo uso de dicho plazo adicional para ampliar o completar su oferta, esto es, ésta permaneció inalterada, por lo que dicha actuación irregular del órgano de contratación no puede ser utilizada contra CONCHI, S.L, que se limitó a cumplir durante el procedimiento de adjudicación con lo requerido por los pliegos. Por otra parte, la recurrente no acredita en qué le ha perjudicado dicha decisión de ampliación ni cómo ha influido en la adjudicación impugnada. Consecuentemente, debe aplicarse con moderación la normativa sobre invalidez de los actos administrativos, lo que supone que la apreciación de los vicios de nulidad debe tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, siendo contraproducente una nulidad de actuaciones que conllevaría la reproducción de las mismas para llegar al mismo resultado (ver, por todas, la Resolución 55/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita).



b) Conclusión

A la vista del apartado a.1) el recurso debe estimarse parcialmente, anulándose la adjudicación (petición del recurso con la que este Órgano debe ser congruente según el artículo 57.2 LCSP) y la retroacción del procedimiento hasta el acto de apertura del sobre C para se subsane, en su caso, la deficiencia observada mediante su convalidación por parte de la Mesa de contratación debidamente constituida de forma que asuma, confirme y convalide lo actuado en la sesión de apertura del sobre C.

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 / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la sociedad BURUTXAGA HAKAKINTZAK, S.L. contra la adjudicación del “Contrato de Suministro de productos alimenticios de Hostelería de la Academia Vasca de Policía y Emergencias”, tramitado por la Academia Vasca de Policía y Emergencias (Lotes 1 y 11), anulando la adjudicación y acordando la retroacción de actuaciones en los términos especificados en el apartado b) del Fundamento Jurídico Noveno de esta Resolución.

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



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

CUARTO: No se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

QUINTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

SEXTO: 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, 2023ko azaroaren 21

Vitoria-Gasteiz, 21 de noviembre de 2023