



EB 2023/007

Resolución 021/2023, de 3 de febrero, 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 FLOW DISEÑO, S.L. contra la adjudicación del contrato “Fabricación, suministro e instalación de directorios, puestos móviles de venta y armarios para su almacenaje en el marco del proyecto piloto ZUMARRAGA AZOKA EXPERIENCE”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de enero de 2023 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 interpuesto por FLOW DISEÑO, S.L. (en adelante, FLOW) contra la adjudicación del contrato “Fabricación, suministro e instalación de directorios, puestos móviles de venta y armarios para su almacenaje en el marco del proyecto piloto ZUMARRAGA AZOKA EXPERIENCE”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El día 16 de enero, el 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 los días 18 y 20 de enero.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 19 de enero, con fecha 26 de enero se recibieron las alegaciones de IMEGUISA – INDUSTRIAS METÁLICAS DE GUIPÚZCOA, S.A., adjudicataria impugnada (en adelante, “IMEGUISA”).

CUARTO: El artículo 2.5 del Real Decreto–ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, establece que las especialidades en materia de contratación previstas en el Capítulo III del Título IV de dicha norma son aplicables a las actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público dirigidas a la gestión y ejecución de proyectos y actuaciones relacionadas con el Instrumento Europeo de Recuperación, aunque no se financien con fondos europeos. Consta en el expediente que el objeto del contrato impugnado forma parte de la colaboración del poder adjudicador en un proyecto integral denominado “Zumarraga. Avanzando hacia un modelo comercial digital y sostenible”, el cual ha obtenido una resolución provisional de concesión de ayudas al amparo de la la Resolución de la Secretaría de Estado de Comercio de 30 de junio de 2022, por la que se convoca la línea de ayudas para el apoyo a mercados, zonas urbanas comerciales, comercio no sedentario y canales cortos de comercialización, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE nº 160 de 5/7/2022). Consecuentemente, el presente procedimiento de recurso es de tramitación urgente y preferente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.2 del citado Real Decreto–ley 36/2020.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.C.A. 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 los acuerdos de adjudicación podrán 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, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurrente

Los argumentos en los que se funda el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) FLOW afirma que el poder adjudicador ha incurrido en un error manifiesto al analizar los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Se alega que la recurrente fue la adjudicataria del contrato para las acciones de transformación del punto de venta del proyecto piloto “Zumarraga Azoka Experience”, el cual es la base del contrato ahora impugnado porque incluía la elaboración de los



diseños de los soportes y puestos del mercado e implementación de unos pilotos para presentar en dicha ubicación; consecuentemente, su conocimiento del proyecto y de los aspectos técnicos requeridos es exhaustivo.

b) Concretamente, FLOW justifica el cumplimiento de los requisitos que, por error, no se han tenido en cuenta para la valoración de la siguiente forma:

- Por lo que se refiere a la falta de concreción del espesor solicitado de 18 milímetros para los tableros de madera, se alega que dicho grosor es una característica de obligado cumplimiento no alterable por la voluntad de los licitadores. De cara a acreditar el cumplimiento del requisito, FLOW designó una subcontratista encargada de suministrar una parte del material, la cual proporcionó un presupuesto detallado en el que se definía expresamente el mencionado grosor de 18 milímetros.
- En cuanto a la ausencia de concreción del cumplimiento del tratamiento antihumedad y barniz incoloro, se alega que el tratamiento de la madera sí se define en la memoria aportada.
- También constan en la oferta las medidas de sujeción para los directorios, puestos móviles de venta y armarios, así como indicaciones sobre la colocación y distribución del material y sobre su carga y descarga.

c) FLOW alega que la diferencia de valoración de su oferta con la del adjudicatario impugnado es tan solo de 1,17 puntos y que los errores señalados son determinantes para la adjudicación recurrida.

d) Finalmente, se solicita que se anule, revoque y deje sin efecto el acto impugnado, declarando el derecho de FLOW a resultar adjudicataria del contrato, con todo lo demás que en Derecho resulte procedente.

SÉPTIMO: Alegaciones de IMEGUISA



IMEGUISA se opone a la estimación del recurso. Alega, en síntesis, que el recurrente se limita a reemplazar el criterio del poder adjudicador por el suyo propio y que el acto impugnado cumple la normativa que regula la valoración de las ofertas, la cual no contiene ningún error ostensible.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

- a) La Administración alega que la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor respeta los márgenes del uso correcto de la discrecionalidad técnica y cumple con el principio de igualdad de trato.
- b) Aunque el contenido de los pliegos sea de obligado cumplimiento en la ejecución del contrato, se debe valorar la oferta presentada y una proposición descriptiva y completa se adecuará completamente a lo solicitado en los pliegos y obtendrá una mayor puntuación.
- c) La oferta de FLOW señala que los tableros serán barnizados, pero no especifica el tipo de barniz; la información relativa al presupuesto facilitado por la subcontratista no formaba parte de la proposición y, por lo tanto, no se podía valorar.
- d) Se alega que los requisitos del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) son obligatorios en la fase de ejecución del contrato y no para poder presentarse a la licitación, como sostiene la recurrente, y la presentación de la proposición supone la aceptación de los pliegos, que no debe confundirse con la valoración de los criterios de adjudicación.
- e) El método de valoración del criterio de adjudicación conlleva otorgar la mayor puntuación a la propuesta con la memoria explicativa más completa del proceso de fabricación, que garantice el cumplimiento de la información técnica



proporcionada y el manual de marca “Zumarraga Azoka Experience” y que mejor cumpla el objetivo de la licitación.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el debate planteado por el recurso es la inadecuada aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y, especialmente, la diferencia entre dicha aplicación y la verificación de si la oferta se ajusta a las especificaciones requeridas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

El análisis de este Órgano debe partir de los apartados relevantes de los pliegos, que rigen el procedimiento de adjudicación vinculando a la Administración y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO

[...]

II.- CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

[...]

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

[...]

22.2.- Existe una pluralidad de criterios de adjudicación: sí.

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: sí.

- Criterio: **Fabricación de directorios, puestos de venta y armarios para su almacenaje.**

Ponderación: 17

Descripción del método de valoración del criterio:

Se otorgará mayor puntuación a la propuesta con la memoria explicativa mas completa del proceso de fabricación, que garantice el cumplimiento de la información técnica proporcionada y el manual de marca de la “Zumarraga Azoka Experience”, y que mejor cumpla el objetivo de esta licitación.

Se atenderá en función del grado de adecuación de la memoria explicativa del proceso de fabricación a las características técnicas de los prototipos ya aprobados:

- Se adecua completamente: 17 puntos
- Se adecua en su mayor parte: 11 puntos
- Se adecua en pocas de ellas: 5 puntos
- No se adecua o no se justifica su falta de adecuación: 0 puntos

[...]



- Criterio: **Suministro de los directorios, puestos móviles de venta y armarios.**

Ponderación: 4

Descripción del método de valoración del criterio:

El transporte y la entrega de los materiales deberá cumplir con estándares de calidad suficiente para que la disposición de los artículos se realice en perfectas condiciones y en el lugar concreto que se determine en la localidad de Zumarraga.

Se atenderá en función del grado de adecuación del método de transporte y entrega a las características técnicas de los directorios, puestos móviles de venta, y armarios:

- Se adecúa completamente: 4 puntos
- Se adecúa en su mayor parte: 2 puntos
- Se adecúa en pocas de ellas: 1 puntos
- No se adecúa o no se justifica su falta de adecuación: 0 puntos

[...]

24.- DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN CADA SOBRE

Los documentos exigidos para tomar parte en el procedimiento se presentarán dentro de los archivos electrónicos o sobres que se indican a continuación.

[...]

24.3.- SOBRE C: OFERTA PARA CUYA EVALUACIÓN SE REQUIERE EFECTUAR UN JUICIO DE VALOR: sí.

En este sobre debe presentarse el siguiente documento:

- Denominación documento: Memoria constructiva de la fabricación, suministro e instalación de los directorios, puestos móviles de venta y armarios para su almacenaje en el pórtico de la Plaza de Euskadi de Zumarraga.
- Información o datos que se han de incluir en el documento:

La memoria a evaluar deberá responder a las siguientes características:

- Cronograma

Se deberá incluir un plan de trabajo con un cronograma de fabricación, suministro y, en su caso, instalación de los elementos objeto del contrato, adecuado al objetivo de esta licitación.

- Transporte

Concretar el transporte a utilizar para la entrega de los elementos, así como la forma de descarga y colocación de los mismos en el punto de entrega a designar y que siempre estará en Zumarraga.

En la oferta se debe indicar de modo expreso la gestión de los embalajes que se llevara a cabo, teniéndose que garantizar como mínimo la recogida selectiva de los mismos para depositarlos en los contenedores correspondientes o, en su caso, en el punto limpio u otro sistema de gestión de residuos autorizado.

- Instalación de los armarios



Método de instalación y anclaje de los armarios destinados al almacenaje de directorios y puestos móviles de venta, en el pórtico de la Plaza de Euskadi de Zumarraga.

- Supervisión de la calidad del proceso

Itinerario del control de la calidad del proceso de fabricación, suministro e instalación de los elementos objeto del contrato.

En ningún caso podrá incluirse en este apartado cualquier mención relativa a precios totales o parciales o cualquier otro método que permita deducir o acercarse, a través de sencillos cálculos, el precio de la oferta presentada. Si esto se produjera la empresa licitadora quedara automáticamente excluida de la licitación.

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso:

a) Doctrina general sobre la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 206/2022), en virtud de la discrecionalidad técnica el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de



julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, en los siguientes apartados se analiza su aplicación a este caso concreto.

b) Sobre la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor en el contrato impugnado

El recurso critica la aplicación de los criterios de adjudicación “Fabricación de directorios, puestos de venta y armarios para su almacenaje” y “Suministro de los Directorios, puestos móviles de venta y armarios”.

b1) Sobre la aplicación del criterio de adjudicación “Fabricación de directorios, puestos de venta y armarios para su almacenaje”

Por lo que se refiere a la evaluación de este criterio de adjudicación, se observa lo siguiente:



- 1) FLOW obtuvo 11 puntos sobre 17 posibles. Dicha puntuación es la que corresponde, según la descripción del criterio en los pliegos, a las memorias explicativas cuyo grado de adecuación a las características técnicas de los prototipos ya aprobados es mayoritaria (“Se adecúa en su mayor parte”) pero no total (“Se adecúa completamente”), supuesto en el que se atribuirían 17 puntos. Analizando la motivación del acto impugnado, contenida en el informe técnico que lo sustenta, se observa que los aspectos de la proposición de la recurrente que merecen un juicio negativo y que, por lo tanto, impiden a FLOW obtener puntuación adicional a la ya concedida son (i) la no concreción del espesor solicitado de 18 mm. de los tableros de madera, (ii) la falta de mención del cumplimiento del tratamiento antihumedad y barniz incoloro y (iii) la falta de mención de la limitación de las emisiones de formaldehídos en los tableros.
- 2) Contrastada la motivación del informe técnico con el contenido de la oferta, se puede comprobar que la oferta (tal y como reconoce el propio recurrente) no hace ninguna mención al espesor de los tableros. Como bien indica el poder adjudicador, es claro que no puede considerarse parte de la proposición, ni servir como material evaluado, un documento de un tercero no incluido en la oferta presentada por FLOW (ver las resoluciones 45 y 93/2020 del OARC / KEAO).
- 3) Debe rechazarse la alegación de que se trata de una prescripción técnica de obligado cumplimiento, por lo que no es disponible por los licitadores. En este sentido, es doctrina reiterada de este Órgano que la mera presentación de la proposición ya supone el acatamiento de los pliegos, por lo que no es necesario acreditar expresamente todas y cada una de las prescripciones técnicas ni cabe excluir al licitador que no lo hace, salvo que los mismos pliegos pidan expresamente dicha acreditación o el que el contenido de dicha oferta sea frontalmente contrario a los pliegos (ver, por todas, la Resolución 43/2020 del OARC / KEAO). No obstante lo anterior, en este caso no se pide la acreditación



de una especificación técnica para comprobar que la proposición cumple los requisitos mínimos por debajo de los cuales el poder adjudicador ya no desea obligarse porque no se satisfaría el interés general perseguido por el contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 134/2018 del OARC / KEAO), sino que se evalúa un criterio de adjudicación que concede la mayor puntuación a la “memoria explicativa más completa del proceso de fabricación que garantice el cumplimiento de la información técnica proporcionada y el manual de marca de la “Zumarraga Azoka Experience”, todo ello “...en función del grado de adecuación de la memoria explicativa del proceso de fabricación a las características técnicas de los prototipos ya aprobados”. Es decir, se trata de comparar las proposiciones (misión típica de estos criterios; ver, por todas, la Resolución 131/2019 del OARC / KEAO) para premiar las que describan de forma más completa el cumplimiento de las prescripciones técnicas, penalizando las que son menos exhaustivas en esta descripción; de hecho, la consecuencia de la falta de justificación de la adecuación (incluso completa) no supone la exclusión de la proposición (resultado ineludible de considerar una oferta como contraria a las prescripciones técnicas; ver, por ejemplo, la Resolución 175/2022 del OARC / KEAO), sino una menor o nula puntuación.

- 4) FLOW ha obtenido 11 puntos y la regla de valoración del criterio de adjudicación establecida en los pliegos impide conceder más puntos a una oferta salvo que su adecuación a las características técnicas sea completa, lo que, a la vista de los apartados 1) a 3) anteriores no sucede, por lo que debe rechazarse la impugnación de la aplicación del criterio de adjudicación analizado. Debe añadirse que, aunque es cierto que el criterio parece confundir en buena medida las diferentes funciones de los criterios de adjudicación y de las prescripciones técnicas, y que no incentiva las ofertas que aporten más calidad al objeto del contrato sino las que estén más exhaustivamente elaboradas, su contenido debe aplicarse por formar parte de los pliegos y no haber sido impugnado en tiempo y forma.



5) Habida cuenta de la configuración del criterio y de que la falta de mención del espesor de los tableros de madera ya impide, por sí sola, incrementar la puntuación, no sería necesario analizar la validez de los otros dos reproches formulados en el informe técnico. No obstante, este Órgano entiende que, en todo caso, la proposición del recurrente tampoco menciona el tratamiento antihumedad y el barniz incoloro (se habla de un barnizado sin concretar su tipo o propiedades) ni la limitación de las emisiones de formaldehídos.

b2) Sobre la aplicación del criterio de adjudicación “Suministro de los Directorios, puestos móviles de venta y armarios”.

Sobre la evaluación de este criterio de adjudicación, se observa lo siguiente:

1) En este criterio, el recurrente obtiene 2 puntos (“Se adecúa en su mayor parte”) sobre un máximo de 4 puntos posible (puntuación reservada a las ofertas incluidas en el baremo “Se adecúa completamente”). El único comentario negativo que justifica esta puntuación es que la proposición no cuenta con medidas de sujeción concretas. Analizada la documentación incluida en la oferta de FLOW, puede comprobarse que, efectivamente, no se hace mención alguna a las medidas de sujeción. Este aspecto es evaluable mediante el criterio de adjudicación analizado, que valora, en síntesis, la adecuación del método de transporte y entrega de los suministros para su correcta disposición (ver, por ejemplo, el apartado 24.3 de las Cláusulas Específicas, que menciona el “anclaje” como parte del contenido de la documentación que debe presentar el licitador para evaluar los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor); consecuentemente, la penalización efectuada es correcta, igual que lo es la consideración positiva de las medidas de embalaje o de la forma de carga y descarga de los bienes que propone el recurrente, igualmente relevantes para el citado criterio.



- 2) A la vista de lo expuesto en el apartado 1) anterior, no cabe incrementar la puntuación otorgada en virtud del criterio de adjudicación debatido, pues el reproche formulado a la proposición de FLOW impide considerarla totalmente adecuada, según el método de valoración establecido en los propios pliegos.

c) Conclusión

A la vista de lo expresado en los apartados a) y b) anteriores, el recurso debe desestimarse porque la valoración de las ofertas se ha ajustado a las normas y principios que la regulan y a los límites de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador en esta materia. Igualmente, debe descartarse la alegación de la recurrente sobre su exhaustivo conocimiento del objeto del contrato debido a su participación en la elaboración del proyecto piloto “Zumarraga Azoka Experience”, pues sería claramente contrario al principio de igualdad de trato que esta circunstancia conllevara que su proposición fuera evaluada de forma distinta a la de cualquier otro licitador. Independientemente de esta observación, debe señalarse que el posible conflicto de intereses en el que se hubiera podido incurrir (artículo 70.1 de la LCSP) no ha influido en el procedimiento ni en su resultado, habida cuenta de que no ha habido perjuicio para los principios de igualdad y libre competencia ni beneficio ilegítimo para el recurrente, y de que la adjudicación es respetuosa con el principio de transparencia, pues no se ha basado en consideraciones distintas de las establecidas en los pliegos y conocidas por todos los operadores económicos.

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 interpuesto por FLOW DISEÑO, S.L. contra la adjudicación del contrato “Fabricación, suministro e instalación de directorios, puestos móviles de venta y armarios para su almacenaje en el marco del proyecto piloto ZUMARRAGA AZOKA EXPERIENCE”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

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: 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 otsailaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de febrero de 2023