



EB 2019/211

Resolución 025/2020, de 6 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 la empresa CANON ESPAÑA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Suministro, en régimen de alquiler, y mantenimiento de impresoras multifuncionales con destino a los distintos edificios de Bilbao Ekintza EPEL”, tramitado por Bilbao Ekintza EPEL.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 24 de diciembre de 2019, la empresa CANON ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, CANON) interpuso, 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), recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Suministro, en régimen de alquiler, y mantenimiento de impresoras multifuncionales con destino a los distintos edificios de Bilbao Ekintza EPEL”, tramitado por Bilbao Ekintza EPEL.

SEGUNDO: El día 26 de diciembre 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 ha recibido el día 10 de enero de 2020.



TERCERO: Con fecha 20 de enero se trasladó el recurso a los interesados en el procedimiento, recibéndose el 27 del mismo mes las alegaciones de KONICA MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS SPAIN, S.A. (en adelante, KONICA), adjudicatario impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. R.A.L., 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 podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Bilbao Ekintza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en que la oferta de la adjudicataria no cumple con las prescripciones técnicas exigidas por los pliegos en los siguientes aspectos:

- a) En cuanto a las especificaciones técnicas para el equipo “Konica Minolta bizhub C3350i”, presentado para el TIPO 2, no cumple con la velocidad de escaneo, pues los pliegos exigen una velocidad mínima de 70 originales por minuto y el equipo ofertado dispone de una velocidad máxima de 45 páginas por minuto.
- b) En cuanto a las especificaciones técnicas para el equipo “Konica Minolta bizhub C458”, presentado para el TIPO 1, su consumo eléctrico supera el Typical Electricity Consumption (TEC) permitido por los pliegos.
- c) Finalmente, solicita que se declare que la adjudicación es contraria a derecho y la consecuente exclusión del adjudicatario.

SÉPTIMO: Alegaciones de KONICA

El adjudicatario impugnado alega lo siguiente:

- a) Con relación a la velocidad de escaneo, el poder adjudicador publicó en el perfil una respuesta a una solicitud de aclaración en la que señalaba que se había producido una errata y que la velocidad mínima de escaneo debiera ser de 30 originales por minuto. Al tener el equipo ofertado una velocidad de 45 páginas por minuto se cumple la prescripción técnica exigida.
- b) Respecto al consumo eléctrico eficiente TEC, tanto el catálogo del fabricante como el valor TEC que certifica Energy Star en su página web señalan que es inferior al exigido por los pliegos y, por lo tanto, no existe incumplimiento alguno.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

- a) En el perfil del contratante se publicaron las respuestas a las cuestiones que plantearon los licitadores y que atañen al objeto de debate de la presente impugnación. Estas respuestas, en virtud de lo establecido en la cláusula 23 de la Carátula del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), tienen carácter vinculante de conformidad con el artículo 138 de la LCSP.
- b) Con relación a la velocidad de escaneo y tras la consulta de un licitador, se detectó un error material en la prescripción que fue subsanado atendiendo a la normativa de aplicación y fue publicado en el perfil. De esta forma, la velocidad mínima de escaneo es de 30 originales por minuto, prescripción que el equipo de la adjudicataria cumple.
- c) Por lo que se refiere al consumo eléctrico eficiente TEC, la ficha técnica del fabricante aportado por KONICA señala que el consumo máximo declarado es inferior al máximo exigido por el pliego, por lo que cumple con dicho requisito.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de este Órgano debe partir del contenido de las cláusulas 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, así como las aclaraciones a los mismos solicitadas por los licitadores:

PPT

“2 ALCANCE

El contrato comprende la renovación de un total de catorce (14) equipos con los que actualmente cuenta Bilbao Ekintza EPEL. En concreto, comprende el suministro, en régimen de

arrendamiento, de once (11) multifunciones Tipo – 1 y tres (3) multifunción Tipo – 2 que deberán cumplir con las siguientes **características mínimas**:

Multifunción Tipo – 1

(...)

Consumo eléctrico eficiente TEC de 2,2 Kw/h o equivalente.

(...)

Multifunción Tipo – 2

(...)

Escáner velocidad mínima a una cara mayor o igual a 70 originales por minuto, B/N y color, a 300dpi.”

Por otro lado, consta en el expediente la contestación a las cuestiones planteadas las cuales fueron publicadas en el perfil del contratante el día 26 de abril de 2019, esto es, 3 días antes de la finalización del plazo para la presentación de las proposiciones, que finalizaba el 29 de abril de 2019, y cuyo tenor literal en lo que atañe al presente recurso es el siguiente:

(...)

Consulta nº2:

SE SOLICITA ACLARACION sobre: Escáner velocidad mínima a una cara $\geq$ a 70 originales por minuto, B/N y color, a 300dpi,

¿En el caso de presentar un escáner dual (lectura de las 2 caras de una pasada) se puede cumplir este requisito si la velocidad a una pasada es $\geq$ a 70 ipm?

Respuesta nº2

En la tabla de características mínimas de la Multifunción Tipo-2 se ha producido una errata: donde se indica "Escáner velocidad mínima a una cara mayor o igual a 70 originales por minuto, B/N y color, a 300dpi." la velocidad mínima debiera ser 30 (treinta) originales por minuto.

Consulta nº 1:

SE SOLICITA ACLARACION sobre: Consumo eléctrico eficiente TEC 2,2 Kw/h o equivalente.

¿Ese "equivalente", puede ser el máximo consumo energético declarado por el fabricante?

Partiendo del cumplimiento del certificado Blue Angel (¡The Germán Ecolabel) y dado que la medición del Tec, exclusiva de Energy Star, solo hace referencia al consumo energético en unas condiciones de funcionamiento, omitiendo otros igual o más importantes como consumos en ahorro de energía, en escaneo, en impresión normal....

Respuesta nº 1

Además del consumo eléctrico, Blue Ángel considera otros factores que impactan en el medio ambiente:

Por otro lado Typical Electricity Consumption (TEC), considera el consumo típico, teniendo en cuenta picos y valles de consumo:

Si el equipamiento presentado no dispusiese de TEC certificado por organización autorizada, se deberá indicar que el consumo presentado es el máximo, para tenerlo en cuenta en la medida de lo posible.

(...)

La entidad recurrente menciona dos infracciones de las prescripciones técnicas, lo que, a su juicio, conllevaría la anulación del acto impugnado y la exclusión del adjudicatario; a continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO al respecto:

a) Sobre la velocidad de escaneo

CANON alega que el equipo propuesto por KONIKA “Konica Minolta bizhub C3350i”, presentado para el TIPO 2, no cumple con la velocidad de escaneo, pues los pliegos exigen una velocidad de 70 páginas por minuto y el equipo escanea a 45 páginas por minuto. Por el contrario, tanto la adjudicataria como el poder adjudicador señalan que dicho requisito de velocidad de escaneo sí se cumple porque en la fase de licitación se publicó en el perfil de contratante una aclaración que establecía la velocidad mínima en 30 páginas por minuto. A este respecto, el OARC/KEAO estima lo siguiente:

- 1) Es doctrina de este Órgano que las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante se incluyen en la amplia definición de “pliego de contratación” recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que comprende todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los

candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional, de tal forma que incluso pueden ser objeto de impugnación autónoma (ver, en este sentido, la Resolución 112/2018).

- 2) El artículo 124 de la LCSP dispone que los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares (...) solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones. El poder adjudicador alega que tras la consulta de un licitador detectó una errata o error material en la prescripción relativa a la velocidad de escaneado que fue subsanada y publicada en el perfil de contratante. No obstante, resulta claro que el contenido de la nota aclaratoria trasciende con mucho de la corrección de un mero error de hecho y supone, de hecho, una modificación muy sustancial del PBT. A este respecto, debe señalarse que el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia 1679/2019, de 5 de diciembre de 2019, ha reiterado que el error de hecho debe aplicarse con un hondo criterio restrictivo, de tal forma que (...) cuando mediante la fórmula de la rectificación de errores materiales se pretenda dar viabilidad al ejercicio de potestades anulatorias, modificativas o revocatorias del acto, se estará haciendo un uso inválido de la figura. En este sentido, este OARC/KEAO en su Resolución 180/2018, de 14 de diciembre, ya establecía que no cabe amparar en el concepto de error material la rectificación de un acto cuando supone, como en este caso, la alteración radical del sentido del acto rectificado (modificación de una prescripción técnica) y su apreciación no precisa solo del análisis de datos que constan en el expediente (la existencia del error no ha sido acreditada o justificada por el poder adjudicador, ni en la fase de la “aclaración”, ni en la fase de contestación al recurso). Además, tampoco se cumple el requisito de que, en la corrección de errores, a diferencia de lo que sucede en la revisión de oficio, debe subsistir el acto rectificado, ya que el pliego ha sido modificado de forma que las prestaciones que debe cumplir el producto a adquirir son diferentes a las iniciales. La consecuencia de esta irregularidad es que el órgano de contratación no puede oponer una modificación esencial con apariencia de aclaración a los licitadores que han confiado en la inalterabilidad de los pliegos y en que cualquier cambio

en los mismos se ajustaría al procedimiento correspondiente (ver, por ejemplo, la Resolución 185/2019 del OARC / KEAO).

- 3) En atención a dicha doctrina, este Órgano considera que la actuación del poder adjudicador no ha constituido una modificación del pliego por error material o, de hecho, sino la variación de una condición esencial de la licitación (prescripción técnica), de forma que se establecen unas reglas no reflejadas con anterioridad en el pliego, al modificar la velocidad de escaneo de 70 páginas por minuto a 30 páginas por minuto. Esta rectificación de los pliegos tiene carácter significativo por afectar al objeto del contrato y al alcance de las obligaciones del adjudicatario, por lo que debió conllevar la retroacción de las actuaciones con ampliación del plazo para la presentación de ofertas, en los términos previstos en los artículos 124 y 136.2 de la LCSP. Se trata, en definitiva, de una modificación de las bases de la licitación y no una simple interpretación o aclaración, lo que supone una infracción del principio de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111, ECLI:EU:C:2004:236) con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma a lo largo de todo el procedimiento y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.
- 4) Por tanto, debe concluirse que una actuación como la efectuada por el poder adjudicador resulta contraria al principio de transparencia y al de seguridad jurídica, lo cual supone que la valoración de la velocidad de escaneo efectuada conforme a la modificación irregular efectuada con posterioridad a la aprobación de los pliegos y la subsiguiente adjudicación han de anularse. Por ello, y dada la invalidez de dicha modificación, debe excluirse la oferta de KONICA por incumplir el PPT, de conformidad con

la dicción inicial de la prescripción técnica Escáner velocidad mínima a una cara mayor o igual a 70 originales por minuto, B/N y color, a 300dpi.

Por todo ello, este motivo de recurso debe ser estimado.

b) Conclusión.

La falta de cumplimiento de las determinaciones del PPT en lo que respecta a la velocidad de escaneo es motivo suficiente para la estimación del recurso y la anulación de la adjudicación con exclusión de la oferta de KONICA. Dado que la citada exclusión implica la declaración de desierto de la licitación por no quedar más licitadores, también supone la satisfacción íntegra de la pretensión del recurrente, por lo que 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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CANON ESPAÑA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Suministro, en régimen de alquiler, y mantenimiento de impresoras multifuncionales con destino a los distintos edificios de Bilbao Ekintza EPEL”, tramitado por Bilbao Ekintza EPEL, anulando el acto impugnado y ordenando la exclusión de la adjudicataria.

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

TERCERO: 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.

CUARTO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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, 2020ko otsailaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de febrero de 2020