



EB 2017/061

Resolución 068/2017, de 6 de junio de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Unión Temporal de Empresas compuesta por las empresas GAS NATURAL SERVICIOS SDG S.A y GIROA, S.A.U., contra la adjudicación del contrato de “Selección de un contratista para la realización de una actuación global e integrada consistente en la implantación, puesta en marcha, explotación y mantenimiento de un sistema de District Heating en el Área LM 06 – Txomin Enea de Donostia”, tramitada por la Sociedad Fomento de San Sebastián, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de abril de 2017 se 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), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Unión Temporal de Empresas compuesta por las empresas GAS NATURAL SERVICIOS SDG S.A y GIROA, S.A.U. (en adelante, UTE GNS – GIROA), contra la adjudicación del contrato de “Selección de un contratista para la realización de una actuación global e integrada consistente en la implantación, puesta en marcha, explotación y mantenimiento de un sistema de District Heating en el Área LM 06 – Txomin Enea de Donostia”, tramitada por la Sociedad Fomento de San Sebastián, S.A.



SEGUNDO: El mismo día de la interposición del recurso se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP); documentación que se ha recibido en el registro del OARC / KEAO el día 25 de abril.

TERCERO: Con fecha 27 de abril se trasladó el recurso a los interesados, recibándose las de la UTE FERROVIAL – TECNOCONTROL, adjudicataria impugnada, el día 18 de mayo, después de que accediera al expediente el día 17 de mayo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de don A. R.L. y don J.M. T.A., que actúan en su nombre.

SEGUNDO: Según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se trata de un contrato de concesión de obra cuyo valor estimado asciende a 22.082.268 euros; por lo tanto, está incluido en el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación, según el artículo 40.1 a) del TRLCSP.

TERCERO: El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Sociedad Fomento de San Sebastián, S.A. tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Expuesto en síntesis, el recurso solicita la exclusión de la oferta de la UTE FERROVIAL TECNOCONTROL y la adjudicación a la siguiente oferta mejor valorada con base en los siguientes argumentos:



a) La adjudicataria debió ser excluida porque su oferta, según se deduce de las fichas técnicas de sus equipos y de la propuesta medioambiental, incumple gravemente un requisito esencial establecido en el “Documento comprensivo de la solución para la realización de una actuación global e integrada consistente en la implantación, puesta en marcha, explotación y mantenimiento de un sistema de District Heating en el Área LM 06 Txomin Enea de San Sebastián”; en cualquier caso, la oferta contiene contradicciones que también deben considerarse causa de exclusión de la proposición. En concreto, el conjunto caldera y electrofiltros ofertados superan los valores de emisiones de partículas admitidos por el documento; así, el citado documento establece en su artículo 4.2.1, apartado b) que “en la producción de la energía térmica deberá cumplirse el requerimiento de emisiones de partículas en suspensión contenidas en los gases de combustión, consistente en que el contenido de dichas partículas no sea superior a 20 mg / Nm³”, y teniendo en cuenta que “la medición de partículas en suspensión se realizará sobre gas seco al 6% de oxígeno y con la caldera al 70% de carga”.

b) En consecuencia con lo anterior, solicita la anulación del acto impugnado, ordenar la exclusión del adjudicatario y la adjudicación del contrato a la siguiente oferta mejor valorada.

SÉPTIMO: Las alegaciones de la UTE FERROVIAL – TECNOCONTROL para oponerse a la estimación del recurso son, en resumen, las siguientes:

a) Del “Estudio de viabilidad técnico económico” que figura como Anexo I del Documento Descriptivo (apartado 4.5.1.2.1) y de la cláusula 4.2.1 b) del “Documento comprensivo de la solución” se deduce que el límite de emisión de partículas en suspensión no deberá superar los 20 mg / Nm³; además, se prevé la realización de auditorías de funcionamiento durante la ejecución del contrato, las cuales se practicarán sobre gas seco al 6% de oxígeno y con la caldera al 70% de carga.



b) La oferta de la UTE FERROVIAL – TECNOCNTRONOL contiene innumerables referencias al cumplimiento del límite de los 20 mg / Nm³ antes citado, que es la única prescripción técnica al respecto. No hay previsión alguna en la documentación contractual para que los licitadores acrediten su cumplimiento “a priori” mediante ensayos, certificaciones u otros medios. Esta verificación se producirá “a posteriori”, mediante auditorías en las que la medición de partículas en suspensión se hará sobre gas seco al 6% y con la caldera al 70% de carga.

c) La recurrente oferta exactamente los mismos equipos cuya inadecuación a la documentación contractual reprocha al adjudicatario, los cuales a su vez son los mismos indicados por el poder adjudicador en el Proyecto Básico y que son el resultado final del proceso de Diálogo Competitivo, siendo iguales las calderas, los elementos de tratamiento y el combustible de referencia, lo que prueba su temeridad y mala fe.

OCTAVO: El Órgano de contratación en su informe expone los argumentos que a continuación se resumen para oponerse al recurso:

a) El recurrente pretende atribuir a unos parámetros la condición de requisitos técnicos, cosa que no son; así se desprende de la lectura de la página 14 del Documento comprensivo de la solución, de la que se deduce que se trata de los parámetros a los que se ajustará la caldera y demás instalaciones para proceder a la auditoría anual que impone el propio Documento. Estas condiciones son una hipótesis de funcionamiento del sistema en condiciones severas, no la única hipótesis, pues ello depende de muchos factores (tipo de combustible, ajustes de la caldera, filtros...); es el conjunto de instalaciones (caldera y filtros), junto con el tipo de combustible, y no cada elemento individualmente considerado, los que permiten alcanzar unos u otros niveles de emisión. La verificación mediante auditoría se produce en la fase de ejecución del contrato, y por eso no aprobarla conlleva penalizaciones económicas y, en



su caso, la resolución del contrato, siendo claro que no procede la exclusión de la oferta por una mera suposición de incumplimiento de una condición de ejecución.

b) Los equipos principales propuestos por el recurrente son los mismos que propone el adjudicatario impugnado, por lo que las especificaciones técnicas son las mismas en ambos casos, aunque el recurrente no las haya adjuntado en su proposición; la idoneidad de esta maquinaria para satisfacer los requisitos técnicos se ha comprobado directamente con el fabricante, que la ha certificado.

c) Se alega la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador para la comprobación de los requisitos técnicos.

NOVENO: En síntesis, el recurrente estima que el adjudicatario debió ser excluido porque su proposición incumple el apartado 4.2.1 b) del Documento comprensivo de la solución, cuya literalidad es la siguiente:

«b) Se considerarán sistemas de alta eficiencia energética los siguientes:

- Sistemas de cogeneración cuyo Rendimiento Eléctrico Equivalente (REE) sea superior a 65%.
- Sistemas de aerotermia y geotermia cuyo Coeficiente of Performance (COP) sea igual o superior a 4.

Adicionalmente, en la producción de la energía térmica deberá cumplirse el requerimiento de emisiones de partículas en suspensión contenidas en los gases de combustión, consistente en que el contenido de dichas partículas no sea superior a 20 mg/Nm³.

A efectos de verificar ambas obligaciones (a saber, que el % de la energía primaria ofertado por el contratista procedente de energías renovables o de sistemas de alta eficiencia energética y que las emisiones de partículas en suspensión contenidas en los gases de combustión no sean superiores a 20 mg/Nm³), el sistema de District



Heating estará dotado de todos los elementos de medición de energía primaria (gas, biomasa, electricidad) y de energía térmica, tanto en las instalaciones de producción, como en la vivienda/local de cada uno de los usuarios finales del sistema de District Heating.

Ambas obligaciones (a saber, que el % de la energía primaria ofertado por el contratista procedente de energías renovables o de sistemas de alta eficiencia energética y que las emisiones de partículas en suspensión contenidas en los gases de combustión no sean superiores a 20 mg/Nm³) tendrán carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f) del TRLCSP, siendo por tanto el incumplimiento de las mismas causa de resolución del contrato, a voluntad de FOMENTO.

En la Cláusula 30ª del presente Documento se determina cuándo el incumplimiento de las referidas obligaciones constituirá causa de resolución del contrato, a los efectos del artículo 223.f) del TRLCSP, o de imposición de penalizaciones.

Corresponderá a FOMENTO contratar, anualmente, una empresa para realizar una auditoría y verificar el cumplimiento (i) del porcentaje mínimo de producción de energía térmica mediante sistemas de alta eficiencia energética o energías renovables determinada en el marco del procedimiento de diálogo competitivo y (ii) del requerimiento de que las emisiones de partículas en suspensión contenidas en los gases de combustión no sean superiores a 20 mg/Nm³. Dicha empresa será una Entidad Reconocida por la Administración.

El coste de dicha contratación será repercutido por FOMENTO al contratista en el mismo momento en que reciba la factura de la empresa que realice la referida auditoría. A tal efecto, FOMENTO expedirá una factura, con el IV A que corresponda a la fecha de su devengo, debiendo el contratista realizar el pago por transferencia bancaria a la cuenta que indique FOMENTO, en un plazo máximo de 30 días desde la fecha de factura.

A estos efectos, la medición de partículas en suspensión se realizara sobre gas seco al 6% de oxígeno y con la caldera al 70% de carga.



Sin perjuicio de lo indicado, FOMENTO podrá contratar, a su cargo, en cualquier momento, una empresa para realizar una auditoría y verificar el cumplimiento de los referidos requisitos.

A juicio de este OARC / KEAO, y a los efectos que interesan al caso, en esta cláusula se pueden distinguir dos cuestiones relacionadas pero diferenciadas:

a) Por un lado, se establece una prescripción técnica, consistente en exigir que las partículas en suspensión contenidas en los gases de combustión no superen los 20 mg / Nm³. Nótese que esta exigencia no se fija por referencia a unas u otras condiciones de funcionamiento, lo que es razonable porque éstas pueden ser variadas. Por ello, es irrelevante que el adjudicatario impugnado especifique o no las citadas condiciones, sobre todo a la vista de que el propio fabricante de los equipos (que son los mismos que ha ofrecido el recurrente), a petición del órgano de contratación y durante el procedimiento de adjudicación ha confirmado (y posteriormente certificado) que los equipos están diseñados para cumplir el límite de emisión incluso bajo los extremos parámetros de control a los que se refiere la letra b) siguiente.

b) Por otro lado, se establece una verificación de la correcta ejecución del contrato, consistente en efectuar una auditoría de cumplimiento de dicha prescripción; es en este momento cuando aparece la mención a que los 20 mg / Nm³ se medirán en unas concretas condiciones (sobre gas seco al 6% de oxígeno y con la caldera al 70% de agua). Es claro que tales condiciones no son un requisito de las ofertas añadido a la prescripción sobre el límite máximo de emisión, sino la determinación de los parámetros en los que se va a realizar la auditoría del cumplimiento de dicha prescripción a la que se someterá el contratista (y no ningún licitador); especialmente, el uso de los términos “A estos efectos...” no deja lugar a duda sobre el sentido de la cláusula. Así, no existe el incumplimiento al que se refiere el recurso, porque el punto de la documentación contractual supuestamente infringido no se refiere a la proposición sino a un aspecto de la ejecución del contrato, sin que quepa ahora que este OARC / KEAO emita valoración alguna al respecto, y sin perjuicio de



que la comprobación de que el contratista no cumple con él tenga, en su caso, las consecuencias legales correspondientes (penalizaciones económicas y, en última instancia, resolución del contrato).

En consecuencia, el recurso debe desestimarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP 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, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Unión Temporal de Empresas compuesta por las empresas GAS NATURAL SERVICIOS SDG S.A y GIROA, S.A.U, contra la adjudicación del contrato “Selección de un contratista para la realización de una actuación global e integrada consistente en la implantación, puesta en marcha, explotación y mantenimiento de un sistema de District Heating en el Área LM 06 – Txomin Enea de Donostia”, tramitada por la Sociedad Fomento de San Sebastián, S.A.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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



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, 2017ko ekainaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de junio de 2017