



EB 2022/027

Resolución 072/2022, de 26 de abril, 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 ZWICKROELL, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Suministro, entrega e instalación de una máquina de medición por coordenadas, una máquina de ensayos de tracción (lote 2)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 9 de febrero de 2022 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 la empresa ZWICKROELL, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Suministro, entrega e instalación de una máquina de medición por coordenadas, una máquina de ensayos de tracción (lote 2)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO El mismo día 9 de febrero 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 recibió los días 11 y 14 de febrero.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 14 de febrero, el día 21 del mismo mes se recibieron las alegaciones de IZASA HOSPITAL, S.L.U. (en adelante, IZASA), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de que I.P.B. actúa en 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

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, 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: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) Según las hojas de producto públicas de la empresa adjudicataria, el equipo ofertado no cumple con las especificaciones 3ª (en realidad debe deducirse que la alegación se refiere al punto 4) y 7ª del apartado relativo al Bastidor. Así, los modelos AG-X plus y AGS-X no cumplen con la velocidad máxima de ensayo de 600mm/min. y tampoco con la precisión de posicionamiento mejor de $\pm 5 \mu\text{m}$.
- b) Por otro lado, se duda de que se cumplan los puntos 3º del apartado Mordazas y el punto 4º del apartado Extensómetro.
- c) Finalmente, se solicita que se revoque la adjudicación y se le dé acceso a la oferta de la adjudicataria para comprobar estos y otros apartados de ella.

SÉPTIMO: Alegaciones de IZASA

IZASA solicita la desestimación del recurso, de forma resumida, por las siguientes razones:

- a) De forma previa, se indica que la recurrente ha interpuesto el recurso sin cerciorarse de cuales han sido los equipos ofertados por IZASA, de forma que señala supuestos incumplimientos del PPT de modelos no ofertados por ésta.



Por otro lado, solicita el acceso a la oferta de la recurrente para comprobar su legitimación para interponer el recurso.

b) La oferta de IZASA cumple estrictamente con todas las exigencias técnicas requeridas por el PPT. Así, el equipo ofertado, modelo AGX-V-250KN, cumple los requisitos técnicos denunciados por la recurrente relativos al apartado del Bastidor.

c) En lo relativo al punto 2º (la recurrente se refiere por error al punto 3º) del apartado de Mordazas, indicar nuevamente que el equipo ofertado cumple con la exigencia de que sirvan para probetas de 30 mm. de diámetro como mínimo, tal y como se señala en el dossier de especificaciones técnicas.

d) Finalmente, y en lo que respecta al punto 4º del apartado de Extensómetro se señala que la recurrente no realiza el más mínimo esfuerzo argumental para sustentar sus pretensiones más allá de plantear dudas infundadas, como puede deducirse de la página 12 del Dossier aportado por IZASA en el que se indica que el extensómetro puede colocarse con una mano.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador realiza las siguientes consideraciones:

a) Según la hoja técnica aportada por el adjudicatario sí cumple con las velocidades de prueba mínima y máxima exigidas en el apartado del bastidor. En lo que se refiere en este mismo apartado a la precisión de posicionamiento, el dossier técnico del equipo indica que cumple con los +/- 5 micrómetros, aunque la hoja técnica carece de evidencias al respecto.

b) Según la hoja técnica aportada, las mordazas ofertadas cumplen con el rango exigido por el PPT y respecto al Extensómetro el Dossier indica que cumple, aunque carece de evidencias al respecto.



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso se fundamenta en el supuesto incumplimiento por la adjudicataria de varias prescripciones técnicas exigidas por los pliegos, argumentación que rechaza la empresa adjudicataria. Asimismo, tanto la recurrente como la adjudicataria impugnada solicitan el acceso a determinada documentación del expediente. Dado que su aceptación supondría la concesión de un plazo adicional para completar el recurso y las alegaciones al mismo respectivamente, deben analizarse en primer lugar dichas solicitudes.

a) Sobre la solicitud de acceso al expediente

a.1) Por parte de la recurrente

Como ya tiene señalado este Órgano (ver, por ejemplo, la Resolución 31/2022), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE).

La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano



de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la falta de contestación por parte del poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que no puede alegarse dicha indefensión si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Finalmente, este Órgano ha venido señalando que es contrario a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018 y 57, 134/2019 y 030/2021).



Siguiendo esta línea, la solicitud de acceso al expediente formulada por ZWICKROELL no puede aceptarse, pues no consta que, en el trámite previsto en el artículo 52.2 se haya formulado al poder adjudicador la correspondiente petición; en este sentido, debe tenerse en cuenta que el acceso al expediente en vía de recurso tiene como presupuesto el remediar un incumplimiento del derecho de acceso por parte del poder adjudicador (Resolución 144/2021).

a2) Por parte de la adjudicataria

IZASA solicita el acceso a la oferta de ZWICKROELL con el fin de “completar el presente escrito y poder analizar, con detenimiento, la oferta de la recurrente y su legitimación para la interposición del recurso”. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 19/6/2003, asunto C-249/01, ECLI:EU:C:2003:359) ha establecido que es contrario a la normativa europea sobre recursos en materia de contratación que se deniegue a un licitador el acceso a los procedimientos de recurso para impugnar la legalidad de la decisión del poder adjudicador de no considerar que su oferta fuera la más ventajosa debido a que esta oferta tuvo que haber sido descartada previamente por dicha entidad por otras razones y que, por este motivo, el licitador no se ha visto ni puede verse perjudicado por la ilegalidad que alega (ver también, entre otras, la Resolución 120/2016 del OARC / KEAO). Consecuentemente, dado que, cualesquiera que fueran las irregularidades de la oferta del recurrente, no supondrían en ningún caso la inadmisión del recurso, no es necesario el acceso requerido. Por otro lado, en el hipotético caso de que se estimara el presente recurso no podría negarse a IZASA la admisión de la impugnación contra la adjudicación a ZWICKROELL, en la cual podría alegar todas las cuestiones que estimara oportunas para refutar su proposición, por lo que no hay indefensión alguna (ver, por ejemplo, las STJUE 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).



b) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas

El recurrente estima que la adjudicación debe quedar sin efecto porque la oferta mejor clasificada no cumple con determinadas prescripciones técnicas. El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

LOTE 2.- 1 MAQUINA DE ENSAYOS DE TRACCIÓN

1.- PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS MÍNIMAS EXIGIDAS

El equipo de ensayos universal debe cumplir los siguientes puntos:

Bastidor:

- Capacidad nominal mínima 250 kN , **no tiene limitación máxima**
- Célula de carga clase 1 **desde** 1 kN y clase 0.5 **desde** 5 kN.
- Velocidad de ensayos **mínima** 0,001 mm/min
- Velocidad de ensayos **máxima** 600 mm/min
- Las velocidades mínima y máxima se deberán dar en todo el rango de trabajo
- Resolución de desplazamiento **mejor** 0,001 mm
- Precisión de posicionamiento **mejor** de $\pm 5 \mu\text{m}$

(...)

Mordazas:

- Mordazas de capacidad nominal del equipo.
- Para uso de probetas planas y redondas hasta espesores/diámetros de 30 mm como mínimo, **no tiene limitación máxima**.

(...)

Extensómetro:

- Extensómetro con longitud inicial de medida **mínimo** de 50 mm., **no tiene limitación máxima**
- Capacidad de medida de deformación de un 50% del L₀ como **mínimo**.
- El extensómetro debe de ser clase 1 según ISO 9513 **o mejor**.
- En caso de ser manual el extensómetro se debe de poder colocar y retirar con una sola mano y de una vez. Se tiene evitar retrabajos de colocación (cierre de pinzas sobre la probeta) y otras acciones (retirada de bloqueo posición inicial) para colocar el extensómetro por seguridad del aluminado.



Las apreciaciones del OARC/KEAO sobre las cuestiones planteadas son las que a continuación se exponen:

- 1) En el expediente remitido a este OARC/KEAO consta que el equipo ofertado es la “Máquina Universal de Ensayos modelo AGX-V 250KN de la marca SHIMAZDU”, apreciación que se realiza toda vez que la recurrente no ha identificado en su escrito de recurso con exactitud el modelo ofertado por IZASA. A partir de este hecho, este Órgano ha podido comprobar en las especificaciones técnicas del producto aportadas por el adjudicatario (págs. 489 y ss. del expediente) que se cumple con el requisito de la velocidad de ensayo exigido por el PPT, pues la velocidad máxima que puede alcanzar es de 720 mm/min., cuando lo exigido es de un mínimo de hasta 600 mm/min.
- 2) En lo que a la precisión de posicionamiento se refiere, la oferta de la adjudicataria se limita a indicar que cumple con dicha prescripción, sin aportar cifra alguna; al respecto, debe señalarse que no consta en los pliegos una manera concreta de acreditar el cumplimiento de las prescripciones. En este sentido, debe tenerse en cuenta que 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), lo que no ocurre en el presente caso. Todo lo anterior no obsta a que en el momento efectivo del suministro el poder adjudicador verifique que el producto incumple dicha prescripción, lo cual tendrá, en su caso, las consecuencias legales correspondientes, como penalizaciones económicas (apartado 11 de la Carátula del PCAP) y, en última instancia, la resolución del contrato.



3) La recurrente duda en su escrito de recurso que el producto ofertado por IZASA cumpla con determinados aspectos de los apartados relativos a las Mordazas y al Extensómetro, adjuntando como medio de prueba el catálogo del fabricante de los equipos. Este OARC/KEAO ya ha indicado con anterioridad (ver, Resolución 045/2020) que es irrelevante lo que pueda deducirse de catálogos públicos o páginas web a los que haya accedido el recurrente, y ello porque no puede considerarse como parte de la oferta el contenido de documentos que no se han incluido en ella y que no están protegidos por el secreto exigido en la LCSP hasta su apertura ni afectados por la inalterabilidad de la proposición. Asimismo, ha de tenerse presente que, de acuerdo con las reglas o pautas generales de reparto de la carga de la prueba, corresponde al recurrente la de aportar los argumentos y los medios probatorios que permitan acreditarlos (ver, en este sentido la Resolución 74/2018), circunstancia que no se da en el presente supuesto, ya que en el escrito de recurso ni siquiera se identifica con exactitud a qué equipo de los del catálogo de la adjudicataria se está refiriendo para achacar dichos incumplimientos. Al contrario, de la memoria técnica de IZASA se desprende que se cumple con lo exigido en los respectivos apartados.

c) Conclusión

Por todo lo anteriormente señalado, el recurso debe ser desestimado.

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 ZWICKROELL, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Suministro, entrega e instalación de una máquina de medición por coordenadas, una máquina de ensayos de tracción (lote 2)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Levantar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, de acuerdo con lo dispuesto 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 de la LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) de la LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko apirilaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de abril de 2022