



EB 2018/065

Resolución 096/2018, de 24 de julio de 2018, 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 ROS ROCA, S.A. contra la adjudicación del contrato “Suministro de una barredora autopropulsada de aspiración y pértiga de baldeo”, tramitado por el Ayuntamiento de Andoain.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 31 de mayo de 2018, la empresa ROS ROCA, S.A. interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Suministro de una barredora autopropulsada de aspiración y pértiga de baldeo”, tramitado por el Ayuntamiento de Andoain.

SEGUNDO: El día 31 de mayo se solicitaron al poder adjudicador el expediente 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 trasponen 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). La citada documentación se recibió en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) entre los días 13 y 19 de junio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 19 de junio, se han recibido, con fecha 26 de junio, las de la empresa SISTEMAS Y VEHÍCULOS DE ALTA TECNOLOGÍA, S.A. (en adelante, SVAT), adjudicatario impugnado.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por lo que se refiere a la normativa aplicable al caso, se observa lo siguiente:

1) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. La LCSP entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 23 de diciembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

2) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor. El acto impugnado se dictó el día 4 de mayo, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, así como la representación de D. M.B.F. para actuar en su nombre.

TERCERO: El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial los contratos de suministros cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.



QUINTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. Debe rechazarse la alegación del poder adjudicador, que estima que la impugnación es extemporánea porque, según el artículo 44.2 del TRLCSP, el plazo de quince días hábiles para la interposición se computa a partir del día siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto recurrido. En primer lugar, como ya se ha expresado en el primer Fundamento de Derecho, el TRLCSP no es aplicable al procedimiento de recurso y, en segundo lugar y lo que es más decisivo, la argumentación del Ayuntamiento no es coherente con el texto de la notificación enviada a ROS ROCA, que establece lo siguiente:

Contra este acuerdo, que agota la vía administrativa, cabe interponer por vía electrónica el recurso especial en materia de contratación a que se refiere el artículo 44 de la ley 9/2017, de 8 de marzo, de contratos del sector público y de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera, 4, segundo inciso de tal texto legal, ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (OARC) de Euskadi en el plazo de quince (15) días hábiles a contar, según lo establecido en el art. 50.1 d) del referido texto legal, del día siguiente a aquel en que se haya notificado este acuerdo.

Según consta en el expediente, la resolución recurrida se notificó por Correos el día 10 de mayo de 2018, y el recurso se interpuso el día 31 de mayo, es decir, el último día del plazo señalado en la notificación remitida por el poder adjudicador. Dado que el interesado ha cumplido el plazo fijado por el poder adjudicador, no cabe que éste alegue la extemporaneidad del recurso utilizando un sistema de cómputo diferente del que ha indicado en la notificación, pues sería tanto como permitirle beneficiarse de inducir al administrado a actuar de un modo que posteriormente el propio Ayuntamiento considera inaceptable (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional 214/2002 y 154/2004). Consecuentemente, y sin que sea necesario entrar en más análisis de la legalidad de la notificación, este OARC / KEAO entiende que el recurso debe admitirse a trámite.



SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Andoain tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SÉPTIMO: El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

- a) El recurrente ha sido excluido de la licitación por no cumplir los requisitos exigidos en los apartados 20 y 24 del capítulo 4.2 (Especificaciones técnicas mínimas) del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT). ROS ROCA alega que cumple el requisito del apartado 20 (consumo inteligente de combustible) y que no existe el apartado 24.
- b) La barredora presentada por la recurrente dispone del sistema “Eco Els”, que garantiza un ahorro del 40%, y que fue puntuado en la evaluación técnica; no consta motivación de por qué el acto impugnado se aparta del informe técnico que sustenta la evaluación.
- c) La resolución recurrida carece de motivación suficiente.
- d) No cabe que, con motivo de la apertura de las ofertas económicas, a requerimiento de un licitador, se imponga una valoración distinta a la que resulta del informe técnico y se concluya en la exclusión de otro licitador.
- e) Reconociendo, a meros efectos dialécticos, y dada la constancia que se tiene del desarrollo de los hechos, que el incumplimiento del apartado 24 se refiere en realidad al apartado 23 (ruedas gemelas en el eje trasero), se alega que dicho extremo no consta individualizado en el informe técnico y que la solución técnica de ROS ROCA optimiza el funcionamiento de la barredora, como prueba que el informe afirme que disponer de una única rueda en el eje trasero ofrece mayor y mejor maniobrabilidad; la Mesa no cuestionó esta puntuación. Debe tenerse en cuenta que no puede ser excluida una oferta cuando quede acreditado que la funcionalidad querida por el PPT puede satisfacerse con el uso de otras soluciones técnicas, siendo admisibles todas las que obtengan el resultado perseguido.



f) Finalmente, se solicita la nulidad de la adjudicación y la retroacción del procedimiento al momento anterior a la exclusión del recurrente.

OCTAVO: Por su parte, SVAT alega lo siguiente:

a) La Mesa de contratación no se aparta del informe técnico, es el autor del mismo el que lo corrige porque entiende que su valoración inicial no tuvo en cuenta la integridad del PPT.

b) El acto impugnado está suficientemente motivado, pues contiene elementos suficientes para justificar la decisión adoptada y permitir la defensa de sus intereses por el recurrente, como demuestra la propia presentación del recurso; ROS ROCA no puede decir ahora que no comprendía el alcance de la resolución, pues solicitó aclaraciones a los pliegos que no afectaban a los apartados del PPT sobre los que ahora se debate. Es claro que la exclusión se produce por incumplir dos especificaciones técnicas, y que el error de transcripción del epígrafe del PPT al que corresponden no impide conocer los motivos de la exclusión.

c) Los dos motivos de exclusión son claros y sencillos; se trata de prescripciones técnicas cuyo incumplimiento conlleva el rechazo de la oferta, como expresamente indica el apartado 4.2 del PPT, que no fue impugnado en tiempo y forma y por lo tanto rige el procedimiento de adjudicación vinculando a la Administración y a los operadores económicos. Por otro lado, la propia recurrente admite su incumplimiento, aseverando que se trata de una mejora (lo que los pliegos no permiten) y una solución equivalente que asegura la misma funcionalidad, lo que no es aceptable, pues el PPT es claro en exigir precisamente que la barredora disponga de un eje con ruedas gemelas; tampoco se acredita en la proposición la citada equivalencia.

NOVENO: El poder adjudicador se opone al recurso con los argumentos que a continuación se resumen:



- a) En realidad, ROS ROCA pretende plantear un recurso indirecto contra el PPT, lo que no es posible porque la impugnación no se basa en una causa de nulidad de pleno derecho.
- b) La Mesa de contratación no contradijo el informe técnico, pues el mismo autor reconoció que la oferta de la recurrente era contraria al PPT.
- c) No puede hablarse de falta de motivación, pues es claro que la recurrente conocía perfectamente las razones del rechazo de su proposición.
- d) Ni en la oferta ni en el recurso se acredita la equivalencia argumentada de las soluciones técnicas.

DÉCIMO: El acto impugnado, por lo que es relevante para la resolución del presente recurso, establece lo siguiente:

La proposición presentada por la empresa Ros Roca, S.A. queda rechazada al no cumplir los requisitos exigidos en los apartados 20 y 24 del capítulo 4.2 Especificaciones técnicas mínimas del pliego de prescripciones técnicas aprobado, ni ninguna acreditación se adjunta a su oferta.

El recurso plantea, en primer lugar, que el acto recurrido carece de motivación suficiente. Esta alegación debe rechazarse. Como ha señalado este OARC / KEAO en ocasiones anteriores, la ausencia de motivación es una irregularidad formal que solo es relevante para viciar la legalidad del acto al que se refiere cuando impide que este alcance su finalidad o provoca la indefensión del destinatario, como establece el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC). En este caso, ROS ROCA no puede alegar indefensión alguna, pues es claro que ha podido presentar un recurso fundado con razonamientos para argumentar que sí satisface el requisito del control inteligente del consumo de combustible o que ha presentado una solución técnica equivalente y mejor que la establecida por el PPT en el caso de las ruedas gemelas en el eje trasero. El propio contenido del recurso deja constancia de que el recurrente, además de a la notificación, ha



tenido acceso a la documentación del expediente, lo que le ha facilitado un cabal conocimiento de la motivación de su exclusión; así, se alude al informe técnico o al requerimiento por otro licitador de la reconsideración de dicho informe (lo que implica conocer la sesión de la Mesa correspondiente, en la que estuvo presente). Por las mismas razones, también debe considerarse irrelevante que la Resolución impugnada cite un inexistente apartado 24 del PPT, pues ello se debe a un mero error de hecho que no ha impedido a ROS ROCA saber que se refería en realidad al apartado 23 (ruedas gemelas en el eje trasero), como se desprende del escrito de recurso y del acta de la Mesa citada, que habla del apartado 24, “Ruedas gemelas en el eje trasero” (folio 451 del expediente, segunda página, hacia el final).

Tampoco puede prosperar la alegación de que no cabe revisar por la Mesa, en el acto de apertura de los criterios sujetos a evaluación mediante fórmula, y a instancias de otro licitador, el contenido del informe técnico. Además de que el acta indica que el propio técnico autor del informe señaló que la oferta de ROS ROCA no cumple los apartados 20 y 24 (en realidad, 23) del punto 4.2 del PPT, por lo que no es cierto que el informe se alterara por la Mesa, sino que se matiza o rectifica por su propio autor, lo cierto es que a dicho órgano colegiado no le vincula el informe técnico, que no es preceptivo y que desde luego no es vinculante (ver, por ejemplo, los artículos 22.1 e) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y 80.1 de la LPAC), pudiendo decidir en su propuesta apartarse de él, si bien en tal caso deberá contar con una motivación alternativa a la que aporta dicho documento, lo que consta sobradamente en este caso.

Descartados los argumentos que podrían impedir que este OARC / KEAO analizara el fondo de la impugnación, debe ahora verificarse si, efectivamente la oferta de ROS ROCA incurre en los incumplimientos señalados por el acto impugnado. Se observa que en el caso de la prescripción Ruedas gemelas en el eje trasero, el propio recurrente no solo no niega que el incumplimiento exista, sino que afirma que su solución técnica (una sola rueda en el eje trasero) es una



mejora que incrementa la maniobrabilidad del vehículo y que, debe ser admitida por ser equivalente a la solución prevista en el PPT. Esta argumentación debe rechazarse. El PPT, que no ha sido impugnado y por lo tanto rige el procedimiento de adjudicación vinculando al poder adjudicador y a los licitadores, señala escueta pero claramente los términos Ruedas gemelas en el eje trasero, y es igualmente claro y admitido por la empresa que ROS ROCA propone un vehículo con una única rueda. La consecuencia de este incumplimiento no puede ser otra que la exclusión de la proposición, no solo porque así lo dice expresamente el punto 4.2 del PPT, sino porque se deduce de la propia función de las prescripciones técnicas; así, la Resolución 69/2018 de este Órgano recuerda, entre otras cosas, que estas prescripciones representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones que, de acuerdo con el interés público, desea obtenerse y que deben alcanzar todas las ofertas, por lo que es contrario a dicho interés admitir una proposición que no lo satisfaga. No es aceptable el argumento de que la propuesta técnica eliminada mejora los términos del PPT, porque mal se puede mejorar la prestación contractual cuando no llega a cumplirse con un requisito técnico mínimo de la misma y porque los pliegos no autorizan variantes o mejoras, requerimiento previo para su admisión según el artículo 147 del TRLCSP. Finalmente, hay que descartar que el órgano de contratación deba aceptar la solución técnica propuesta por la recurrente por ser equivalente a la establecida en el PPT porque satisface la misma funcionalidad. Los apartados 4 y 5 del artículo 117 del TRLCSP tratan de asegurar que, sea cual sea la forma de describir las especificaciones técnicas empleada por el poder adjudicador (normas, documentos de idoneidad y otros sistemas de referencias técnicas, o rendimientos o exigencias funcionales) no se rechazarán ofertas formuladas de una forma distinta, siempre que se acredite por el licitador que las citadas especificaciones se cumplen de modo equivalente. En este caso el PPT ha optado por una descripción directa de una especificación concreta y el licitador no ha optado por un modo alternativo de referirse a dicha descripción, sino que simplemente ha presentado una oferta que la contradice frontalmente: ruedas gemelas / una sola rueda (ver la Resolución 51/2018 del OARC / KEAO). Por otro lado, no consta que su oferta técnica acredite la equivalencia que alega



(ver, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2018, asunto C-14/17, ECLI:EU:C:2018:568), ni tampoco el recurso explica en qué consistiría dicha equivalencia. Consecuentemente, el motivo de exclusión alegado por la Administración es correcto y el recurso debe desestimarse en este punto.

Dado que la existencia de un único motivo de exclusión es suficiente para justificar el rechazo de la oferta, no es necesario examinar la veracidad del incumplimiento del apartado 20 del punto 4.2 del PPT, ya que la aceptación de la impugnación en este punto no serviría para estimar la pretensión del recurrente. Por todo ello, el recurso debe desestimarse.

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 ROS ROCA, S.A. contra la adjudicación del contrato “Suministro de una barredora autopropulsada de aspiración y pértiga de baldeo”, tramitado por el Ayuntamiento de Andoain.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.



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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko uztailaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de julio de 2018