



EB 2018/084

Resolución 113/2018, de 20 de septiembre 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 MESSER IBERICA DE GASES, S.A.U. contra los pliegos del contrato “Suministro de gases puros y especiales para el laboratorio de abastecimiento del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia”, tramitado por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de junio de 2018, la empresa MESSER IBERICA DE GASES, S.A.U. (en adelante, MESSER) interpuso, en el registro del poder adjudicador, un recurso especial en materia de contratación pública contra los pliegos del contrato “Suministro de gases puros y especiales para el laboratorio de abastecimiento del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia”, tramitado por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia (en adelante, CABB).

SEGUNDO: El recurso, 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 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) se recibieron en el registro del órgano Administrativo de Recurso Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi el día 28 de junio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 2 de julio, se han recibido el día 3 de julio las alegaciones de AL AIR LIQUIDE ESPAÑA, S.A (en adelante, AIR LIQUIDE).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de doña M.R.G., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

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, el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia 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

La impugnación se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) El recurrente alega que la cláusula 2ª del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) exige que las botellas suministradas dispongan de un sistema de apertura rápida de seguridad por palanca o similar (o dispositivo de cuarto de vuelta e indicador de presión integrados en la botella; se trata de un sistema del que únicamente dispone la empresa AIR LIQUIDE, patentado bajo la marca “SMARTOP”.

b) MESSER estima que lo anterior es contrario al principio de concurrencia y que falsea la competencia porque implica que los bienes objeto del contrato solo pueden ser proporcionados por un único empresario; se añade que otros potenciales licitadores no pueden modificar su producción para adaptarse al PPT impugnado debido a la existencia de la citada patente.

c) Finalmente, se solicita la modificación del contenido del PPT para adecuarlo al principio de libre concurrencia.

SÉPTIMO: Alegaciones de AIR LIQUIDE

Los argumentos de AIR LIQUIDE para oponerse a la estimación del recurso son, de forma resumida, los siguientes:

a) La prescripción impugnada está formulada sin referencia a ningún tipo de sistema patentado; por el contrario, se concreta en términos de funcionalidad.

b) Se trata de una exigencia técnica que no limita la concurrencia porque no es cierto que solo pueda cumplirse por una única empresa (se adjuntan ejemplos de varias empresas que también satisfacen la funcionalidad requerida).

c) Se citan en apoyo de la desestimación del recurso las resoluciones 21/2016 del OARC / KEAO y 93/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que desestimaron recursos muy similares al que ahora se analiza.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, CABB alega lo siguiente en contra del recurso:

- a) Lo que la prescripción impugnada solicita es un sistema de apertura rápida de seguridad, pudiendo ser mediante palanca u otro similar, así como mediante un dispositivo de cuarto de válvula. Se alegan razones de ergonomía y de seguridad (poder cerrar la botella rápidamente, en un único movimiento, en caso de riesgo de fuga), así como poder comprobar si la botella está llena total o parcialmente y si el contenido es suficiente para el trabajo que se va a realizar. Se adjuntan tres ejemplos de productos de empresas distintas que cumplen con la prescripción a pesar de no estar amparados por la patente citada.
- b) CABB niega que se haya infringido la libre concurrencia y alega que ya se han recibido ofertas de dos empresas.
- c) Se aporta la Resolución 93/2016 del TACRC, que desestima un recurso similar al ahora planteado, referido a una prescripción técnica similar a la debatida pero más restrictiva.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La única pretensión de la impugnación es la modificación de la cláusula 2ª del PPT por entenderla contraria a la libre concurrencia:

Todas las botellas suministradas cumplirán con las siguientes especificaciones: tanto las B50 como las B10, salvo las de Acetileno y CO 2, irán equipadas con un sistema de apertura rápida de seguridad por palanca o similar (o dispositivo de cuarto de vuelta) e indicador de presión integrados en la botella, para facilitar la comprobación de su estado. Quedan excluidas las botellas de válvula con cierre de aguja o asiento cónico y apertura proporcional.

Como bien apuntan AIR LIQUIDE y CABB, el objeto del recurso es muy similar al que este OARC / KEAO desestimó en la Resolución 21/2016 (ver también la

Resolución 93/2016 del TACRC, igualmente alegada por AIR LIQUIDE y CABB). Ello debe conducir igualmente a la desestimación de la presente impugnación por las siguientes razones:

a) El artículo 126.1 de la LCSP establece que las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. De este precepto se deduce que, si bien los poderes adjudicadores pueden configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de sus necesidades, no pueden establecer prescripciones técnicas que impidan injustificadamente el acceso a la licitación. Entre otros casos, y por lo que interesa al objeto de este procedimiento de recurso, tal obstrucción se produce cuando se cumplen dos condiciones. La primera, que se fijen unos requisitos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan. La segunda condición es que tales requisitos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente exigidos por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten.

b) Aplicados los citados principios a la prescripción impugnada, se observa en primer lugar que su establecimiento obedece a muy atendibles motivos de seguridad, ergonomía y eficacia, y en ningún caso puede considerarse caprichosa, arbitraria o desproporcionada. En segundo lugar, la descripción que figura en el PPT se formula en términos abstractos y por referencia a la funcionalidad que pretende satisfacerse, sin mencionar una patente o producto concreto, y permitiendo, como bien expresa el informe del poder adjudicador y se deduce del uso del término “similar”, la presentación de otras soluciones técnicas alternativas existentes en el mercado, siempre que satisfagan la citada funcionalidad. A mayor abundamiento, el hecho de que se hayan presentado dos ofertas a la licitación es también un indicio de la inexistencia de una barrera de entrada limitativa de la competencia.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MESSER IBERICA DE GASES, S.A.U. contra los pliegos del contrato “Suministro de gases puros y especiales para el laboratorio de abastecimiento del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia”, tramitado por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia.

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

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

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko irailaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de septiembre de 2018