



EB 2022/073

Resolución 125/2022, de 20 de julio, 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 pública interpuesto por ESREC PRODUKZIOAK, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación de “Servicios de captación y/o grabación audiovisual con unidades móviles de televisión para EITB MEDIA, S.A.U. (Lote 2)”, tramitado por EITB.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 3 de mayo de 2022 ha tenido entrada 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 ESREC PRODUKZIOAK, S.L. (en adelante, ESREC) contra su exclusión del procedimiento de adjudicación de “Servicios de captación y/o grabación audiovisual con unidades móviles de televisión para EITB MEDIA, S.A.U. (Lote 2)”, tramitado por EITB.

SEGUNDO: El mismo día 3 de mayo el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador al que se 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 el día 6 de mayo.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 7 de junio, se han recibido el día 14 de junio alegaciones de la empresa PIXEL IKUS-ENTZUNEZKO EKOIZPENAK SL. (en adelante, PIXEL).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Sobre la “suma” al recurso planteada por PIXEL

Por lo que se refiere al escrito de alegaciones presentado por PIXEL en el que se “suma” al recurso planteado por ESREC, debe señalarse que tal posibilidad no existe en la regulación del recurso especial (en este sentido y referidas a escritos similares, ver las Resoluciones 10/2015 y 91/ 2019 del OARC / KEAO). Por otro lado, el escrito tampoco puede ser calificado como un recurso por mucho que el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común establezca que el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter, pues lo cierto es que no satisface los requisitos que el artículo 51.1 de la LCSP establece para el escrito de interposición del recurso especial; en particular, no concreta el motivo que fundamenta la impugnación, pues únicamente consta una remisión genérica a que los motivos de la exclusión de PIXEL son los mismos que los del recurso de ESREC y que se suman a él. Como mucho, ello serviría para identificar los términos jurídicos del debate, pero no los hechos particulares del caso ni la aplicación de aquellos a estos últimos. Consecuentemente, se trata en realidad más de un intento de que, previa denuncia (artículo 62 de la Ley 39/2015), este Órgano inicie un procedimiento sobre hechos que solo se mencionan muy vagamente, que, de un auténtico escrito impugnatorio del que difícilmente puede defenderse el poder adjudicador y sobre el que mal pueden alegar otros interesados; en este sentido, si este OARC/KEAO tramitase el escrito como recurso especial estaría favoreciendo la indefensión de la Administración y concediendo una ventaja antijurídica a quien no ha formulado con una mínima concreción su posición, convirtiendo la deficiencia en preeminencia (ver, en este sentido, la Resolución 10/2022 del OARC / KEAO).



SEGUNDO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de F.S.C. que actúa en su nombre.

TERCERO: 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 servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

En lo que se refiere a la retirada de la oferta, el artículo 44.2. b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.»

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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



SÉPTIMO: Argumentos del recurso

En síntesis, los argumentos del recurso son los siguientes:

- a) La tecnología CCD ha pasado a ser obsoleta y sustituida por la CMOS, por lo que ESREC ha ofrecido una tecnología superior. Diversas publicaciones (como Panorama Digital) así como el cese en la fabricación de sensores de imagen bajo esta tecnología corroboran esta circunstancia.
- b) Se ha alegado en la fase de verificación de los recursos técnicos que dispone de cámaras con 3CCD y 2/3, además de mejores cámaras, dando a entender que, aun solicitando unas cámaras con tecnología 3CCD (no utilizada por ninguna cadena de TV actualmente) se puede aportar el tipo de cámara que se quiera.
- c) No es comprensible que se aparte su oferta del procedimiento aportando unos requisitos técnicos superiores a lo solicitado como mínimo.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega, en síntesis, lo siguiente:

- a) La recurrente centra el debate sobre un parámetro técnico (tecnología de sensores CCD vs CMOS) que en ningún caso formaba parte de los requerimientos técnicos solicitados por el poder adjudicador. Si los sensores son, a juicio de la recurrente, menos idóneos o incluso peores que los de la tecnología CMOS, es una circunstancia que resulta (i) ajena a los requisitos previstos como mínimos para las cámaras en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), (ii) impropia, habida cuenta de las atribuciones de los poderes adjudicadores en materia de formulación de prescripciones técnicas, (iii) irrelevante en la fase de tramitación en la que se encuentra el expediente, ya que los pliegos no han sido impugnados por alguna de las posibles candidatas e (iv)



indiferente a efectos de verificar si la decisión de exclusión de la Mesa de contratación es procedente.

b) La propuesta de la recurrente de modificar e incluir cámaras no contempladas en su oferta no puede ser acogida porque vulnera, entre otros, los principios de transparencia e igualdad de trato.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente plantea la improcedencia de su exclusión basado en que (i) los bienes ofertados son superiores a los requeridos en el PPT y (ii) que cumplen con las prescripciones del PPT. 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:

PPT

4.2 LOTE N° 2: Servicios de grabación de misas con unidades móviles de televisión HD de 3 a 4 cámaras

4.2.1 Recursos técnicos requeridos para la prestación del servicio

Los servicios UMT's objeto de Contratación en el presente Lote deberán ser ejecutados en tecnología HD 1080i.

Asimismo, para la correcta prestación de los servicios de UMT's objeto de la contratación en el presente Lote, la empresa que resulte adjudicataria deberá dotar a los equipos, además de con **UN (1) vehículo**, con la siguiente **dotación de equipamiento técnico**:

[...]

c. Las prestaciones de las cámaras de la dotación propia de la UMT deberán ser al menos las siguientes: captación con 3 sensores de 2/3", resolución nativa 1920x1080, calidad broadcast. La dotación debe incluir trípodes para todas las cámaras de la producción.

[...]



A la vista de todo ello, a continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO.

a) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas

De acuerdo con una reiterada doctrina (ver, por todas, la Resolución 007/2022 del OARC / KEAO y las que cita), el PPT describe el objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desean obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas, por lo que es contrario a dicho interés admitir una proposición que no las satisfaga. En este sentido, debe recordarse que las características técnicas correspondientes a las obras, bienes o servicios que se pretenden adquirir corresponde determinarlas al órgano de contratación, quien goza de un gran margen de apreciación para formularlas (dentro de los límites del artículo 126.1 de la LCSP), ya que es quien mejor conoce lo que necesita y quien mejor puede determinar las exigencias que deben cumplir para obtener los resultados deseados y, a tal efecto, habrán de formularse de alguna de las maneras especificadas en el artículo 126.5 de la LCSP.

En cuanto al incumplimiento por la oferta de las prescripciones establecidas, este OARC /KEAO ha manifestado con anterioridad que no cabe adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o no garantiza su respeto (ver, en este sentido, la Resolución 144/2019 con la anteriormente citada 007/2022, ambas del OARC / KEAO) ya que se vulnerarían los principios de transparencia e igualdad de trato (artículo 132 de la LCSP) (ver, Resolución 121/2019 del OARC / KEAO). Ahora bien, una decisión tan grave como la exclusión de un licitador solo debe tomarse cuando la oposición entre su oferta y la documentación contractual sea frontal y clara, de forma que el hipotético contrato formalizado en esos términos no cumpliría con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos como



imprescindibles para la satisfacción del interés general perseguido (ver, en este sentido, la Resolución 146/2019 y 007/2022 del OARC / KEAO).

b) Sobre el cumplimiento por la oferta de las prescripciones técnicas mínimas obligatorias

En lo que a la cuestión suscitada en el recurso interesa, es relevante reseñar que ESREC aportó en el Sobre “A” el documento anexo II.2 “Compromiso de adscripción de medios”, donde en la letra c) del apartado referido a “Medios Materiales Propuestos” oferta la cámara de estudio Blackmagic Ursa Broadcast 4K Generacion 2 (documento 19 del expediente, folios 377-381). Detectados por el poder adjudicador defectos y/u omisiones en su oferta, le requirió la entrega del citado Anexo II.2 correctamente formulado solicitando expresamente, entre otras cuestiones que aclarara “Que las cámaras adscritas al contrato cumplen con el requisito de disponer de 3 sensores 2/3 y resolución nativa 1920x1080.” (documento 20, folios 386-388). En respuesta a este requerimiento ESREC aportó otro documento anexo II.2 “Compromiso de adscripción de medios”, donde en la letra c) del apartado referido a “Medios Materiales Propuestos” vuelve a ofertar la misma cámara, si bien se adiciona que “Las cámaras disponen de 3 sensores de 2/3 (...)” (documento 36, folios 667-673). Finalmente, se acuerda la exclusión de ESREC por la siguiente razón:

Propuestas excluidas en el LOTE 2

(i) Candidata: ESREC PRODUKZIOAK, S L

Motivos de Exclusión: La candidata ha formulado propuesta sin ajustarse a los requisitos requeridos y previstos en el PCAP.

Concretamente, a requerimiento de subsanación de este Poder Adjudicador la candidata reconoce, que aporta la cámara Ursa Broadcast 4K Generacion 2, la cual dispone de un único sensor en vez de los 3 sensores de 2/3 requeridos.

Por todo ello y de conformidad con los motivos previstos en el apartado h) de la cláusula 14.1 de condiciones generales del PCAP, se propone rechazar la oferta de la candidata presentada al expediente de contratación nº.2021.97 por incumplir “las condiciones o requisitos establecidos en el PCAP o PPTP”



A la vista de los antecedentes expuestos y de los motivos de impugnación aducidos, este OARC / KEAO considera que el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) El PPT exige que el licitador especifique en el documento anexo II.2 “Compromiso de adscripción de medios”, a entregar debidamente suscrito en el sobre “A”, los medios materiales propuestos, entre los que figuran las cámaras y sus prestaciones. En dicho documento, se especifican, además, los requisitos mínimos que se exigen de dichos medios, que son los mismos que constan en la cláusula 4.2.1 del PPT y entre los que se encuentra que las cámaras cuenten con captación con 3 sensores de 2/3. Esta prescripción ha devenido firme, pues no ha sido recurrida en tiempo y la consecuencia de ello es que las ofertas la deben satisfacer, sin que sea posible obviarla.
- 2) ESREC no discute que la cámara ofertada no cumple con dicha prescripción técnica. El cumplimiento de la prescripción debatida ni se alega, ni mucho menos acredita, es más, en su recurso hay un reconocimiento de que la ofertada no cuenta con los 3 sensores de 2/3 solicitados. A este respecto, es constante la doctrina de este OARC / KEAO de que el incumplimiento no cabe relativizarlo, ni obviarlo, ni adjudicar el contrato a una oferta que incumple las prescripciones o que no garantiza su respeto (ver, en este sentido, la Resolución 164/2021 del OARC / KEAO). El que las proposiciones sean conformes a las prescripciones de los documentos del contrato deriva del principio de igualdad de trato de los licitadores y tiene como fin el de garantizar una comparación objetiva entre las proposiciones presentadas por los diferentes licitadores que no se cumpliría si se permitiera que pudieran apartarse, mediante reservas, de las prescripciones fundamentales del pliego, excepto cuando se establezca expresamente dicha facultad (STJUE de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89 ECLI:EU:C:1993:257, apartados 37 y 40). Además, en el supuesto que nos ocupa el incumplimiento de las condiciones o requisitos establecidos en el PCAP o



PPTP es una causa expresa de exclusión de la oferta del licitador (cláusula general 14.1.h) del PCAP).

- 3) En realidad, el recurso se dirige de forma extemporánea contra el PPT, ya que discute la solución tecnológica que, a su entender, se deriva de la citada prescripción, la cual llega a calificar de obsoleta y pretende que sobre la base de esta argumentación se admita una oferta que incumple una prescripción técnica, lo cual resulta a todas luces improcedente por contrario a los principios de igualdad de trato y transparencia (artículo 1 de la LCSP), pues se trata de una prescripción clara que carece de ambigüedad alguna y susceptible de ser entendida de la misma manera por cualquier profesional del sector.
- 4) La afirmación efectuada en fase de aclaración de la oferta de que Las cámaras disponen de 3 sensores de 2/3 (...) no puede ser entendida como un compromiso de cumplimiento de las prescripciones técnicas. Téngase en cuenta que en dicho documento la recurrente oferta una concreta cámara cuyas características incumplen una prescripción técnica por lo que, cuando menos, dicha oferta sería contradictoria, que es una causa de las causas de exclusión según lo previsto en la cláusula general 14.1.b) del PCAP, por lo que el resultado sería el mismo. Por otro lado, su aceptación equivaldría a una modificación de la oferta inicialmente efectuada, lo cual está terminantemente prohibido en un procedimiento abierto, sin perjuicio de que la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos (ver, en este sentido, sentencia de 11 de mayo de 2017, asunto C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358, apartado 31), supuestos ante los que no nos hallamos, ya que dicha aclaración supone una verdadera modificación de la oferta inicial.



c) Conclusión

La consecuencia de lo expresado en los apartados anteriores debe ser la de desestimar el recurso.

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 ESREC PRODUKZIOAK, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación de “Servicios de captación y/o grabación audiovisual con unidades móviles de televisión para EITB MEDIA, S.A.U. (Lote 2)”, tramitado por EITB.

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

TERCERO: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko uztailaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de julio de 2022