



EB 2024/030

Resolución 133/2024, de 11 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 interpuesto por SALTER SPORT, S.A frente a la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Adquisición de maquinaria y accesorios fitness para los centros penitenciarios de Euskadi, Lote 2”, promovido por la Administración General de la CAE (Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de febrero de 2024 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 SALTER SPORT, S.A. (en lo sucesivo, SALTER) frente a la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Adquisición de maquinaria y accesorios fitness para los centros penitenciarios de Euskadi, Lote 2”, promovido por la Administración General de la CAE (Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales).

SEGUNDO: El mismo día 16 de febrero 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). La citada documentación se remitió entre los días 20 y 22 de febrero.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 22 de febrero, el día 28 del mismo mes recibieron las alegaciones de ELK SPOORT DISTRIBUCIONES, S.L. (en adelante, ELK).

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 5/2024, de 28 de febrero, se acordó la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación en lo relativo al lote 2.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de S.P.B. que actúa en nombre y representación de SALTER.

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 b) de la LCSP señala que los acuerdos de exclusión 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 (Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales), 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 recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

a) La exclusión no se fundamenta en un incumplimiento claro, expreso y terminante de la oferta presentada, sino en una mera deducción cual es que las características solicitadas no se pueden comprobar por seguir sin constar esa información. Al respecto, hay que indicar que los motivos que sustentan la exclusión de la oferta son totalmente infundados pues, es un hecho cierto y fácilmente constatable, que todas las máquinas ofertadas por SALTER cumplen con los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y porque así consta en la información escrita y gráfica proporcionada.

b) Así, y con respecto a la Máquina de 4 Estaciones (M-2089), es absolutamente constatable, acreditable y deducible por la información y documentación proporcionada por SALTER que en las 23 posiciones del agarre libre se alcanza el giro de 360°. De hecho, en la propia documentación aportada con motivo del requerimiento de subsanación se adjuntó imagen de la salida de la doble ergolina simple donde se puede apreciar el movimiento giratorio de la misma, que permite alcanzar un giro de 360°, como en todas las poleas ergolinas del mercado.

c) En lo que se refiere a la máquina Halfrack (F-1021) es una realidad palmaria y no controvertible que todos los productos, sin excepción, que incorporan soportes para discos están fabricados en acero inoxidable 304 de alta



resistencia, entre ellos, como no puede ser de otra forma, aquellos soportes que incorpora la máquina Halfrack F-1021.

d) La suposición de incumplimiento va en contra del propio objeto del suministro y de la presunción de validez de las ofertas, puesto que debe partirse del hecho de que los licitadores conocen el contenido de los pliegos y de que, en consecuencia, realizan sus ofertas con respeto a los mismos (en este caso, suministrando equipos aptos para el uso deseado). Lo anterior sin perjuicio, claro está, de la potestad de vigilancia que asiste al órgano de contratación de que, una vez se adjudicado el contrato, la ejecución del mismo se realice con estricto cumplimiento al contenido contractual, y de que, en caso contrario, pudiera las medidas pertinentes contra el contratista.

e) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y la retroacción del procedimiento para que la oferta de la recurrente sea admitida y prosiga la licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones de ELK

ELK presenta un escrito en el que indica que ha sido la adjudicataria del Lote 1 del presente contrato y que, aun no siendo licitadora del lote 2, la interposición de este recurso ha paralizado la adjudicación del lote1, lo que le supone un perjuicio evidente. Por ello, solicita que se permita proseguir con el procedimiento en el lote 1, pues no implica perjuicio alguno respecto de la presente impugnación

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso, en síntesis, por las siguientes razones:

a) La empresa recurrente ha sido excluida por no acreditar que las máquinas ofertadas cumplen con algunos requisitos previstos en el PPT, concretamente, (i) en la máquina 4 estaciones no se acredita si en el agarre libre con 23 posiciones se alcanza el giro de 360° y (ii) en la máquina Halfrack no se ha



acreditado que los soportes para discos están fabricados en acero inoxidable de alta resistencia.

b) Hay que tener en cuenta que SALTER no aprovechó el trámite de subsanación que se le concedió para subsanar las carencias observadas en su oferta. Por ello, no cabe invocar la doctrina que aboga por la presunción de que las ofertas se ajustan al PPT en aquello que silencian respecto de las prescripciones, pues el órgano de contratación requirió expresamente la acreditación de las características técnicas exigidas por los pliegos, en virtud de lo establecido en el artículo 140.3 LCSP, artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE y artículo 28 de la Ley 39/2015.

c) Es preciso señalar que los contratos administrativos son instrumentos para satisfacer necesidades públicas y si los mismos no se llevan a buen término (sea por deficiente tramitación o por deficiente ejecución) esas necesidades públicas quedan sin atender, y a la vista de los plazos que se tarda hoy en día en formalizar un contrato, el perjuicio que se irroga al interés público es una realidad importante a tener en cuenta. Es por ello, que resulta esencial para el buen desarrollo de la contratación, en la medida que sea posible y que la normativa lo permita, tratar de evitar dejar para la fase de ejecución la comprobación de que las prestaciones contractuales se lleven a efecto.

d) En este sentido, el espíritu de la Directiva 2014/24/UE reflejado, por ejemplo, en su considerando 101, es el de otorgar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos cuando existan indicios suficientes para poner en tela de juicio (no una constatación fehaciente) de que la ejecución del contrato pueda no ser acorde a las previsiones contenidas en los documentos que lo conforman (PCAP, PPT, oferta y documentación de formalización básicamente).

e) En el presente caso, a la licitadora se le ha puesto de manifiesto precisa y claramente cuáles son las deficiencias que se observaban en su oferta, dándosele un plazo para subsanarlas sin que ella ha despejado las dudas sobre si las máquinas que pretenden suministrar cumplen o no el PPT. En este orden



de cosas, resultaría desproporcionado dejar en manos de la licitadora cuándo debería acreditar el cumplimiento de los requisitos contemplado en la PPT (una vez ha sido requerida) o dejar retrasar dicha acreditación hasta la fase de ejecución, con la tremenda consecuencia de que, de no verificarse, se tenga que volver a iniciar otro procedimiento que conllevaría el retraso de meses en satisfacer la necesidad, máxime cuando la verificación de esas circunstancias le resultaría fácil a la licitadora.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, la recurrente considera que su exclusión de la licitación se basa en una mera suposición de incumplimiento de dos prescripciones técnicas que, además de ser infundada, va en contra de la presunción de validez de las ofertas. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre el incumplimiento del PPT

A juicio de este OARC/KEAO la pretensión de la recurrente ha de ser aceptada por las siguientes razones:

- 1) Es doctrina reiterada de este Órgano que no es necesario que las ofertas acrediten expresamente todas y cada una de las prescripciones técnicas del contrato porque la mera presentación de la proposición ya supone el acatamiento de la documentación contractual (ver el artículo 139.1 de la LCSP); no obstante, cabe la exclusión de una oferta cuando no incluya la acreditación, solicitada expresamente por los pliegos, del cumplimiento de una prescripción, o cuando su contenido se oponga frontalmente a ellos (ver, por todas, la Resolución 184/2022 del OARC / KEAO).
- 2) En el presente caso, los pliegos no contemplan la presentación de documentación alguna acreditativa del cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos. A este respecto, ha de añadirse que el requerimiento



de subsanación de 11 de enero de 2024 y cuyo incumplimiento parcial ha servido como fundamento para la exclusión de la recurrente carece de la necesaria cobertura jurídica, pues, en primer lugar y como se ha dicho, los pliegos no prevén forma alguna de acreditación de las especificaciones técnicas y, por lo tanto, no cabe requerir la subsanación de algo que no se ha solicitado; y, en segundo lugar, no son de aplicación al presente supuesto los artículos de las diferentes normas en los que el poder adjudicador se ha basado para efectuar dicho requerimiento. En este sentido, únicamente indicar que el artículo 140.3 LCSP se refiere a la solicitud de documentos justificativos del cumplimiento de los requisitos previos (condiciones de aptitud) y no al cumplimiento de las especificaciones técnicas, al igual que el artículo 59 de la Directiva al DEUC invocado, y el artículo 28 de la Ley 39/2015 tiene como finalidad la de reducir la burocracia y facilitar los trámites a las personas que se relacionan con las Administraciones y no para que éstas puedan requerir documentación que no se exige en la normativa de aplicación, en el presente caso, los pliegos.

- 3) Por último, se ha indicar lo expuesto por este Órgano en multitud de ocasiones (ver, por todas, sus Resoluciones 126/2021 y 166/2021) sobre la diferencia entre las obligaciones del licitador (referidas a la documentación que debe incluir en su oferta) y las del adjudicatario. Sobre estas últimas, el OARC / KEAO ha establecido que solo pueden verificarse en la fase de ejecución del contrato, es decir, que no puede presumirse *ab initio* su incumplimiento. Por eso, entre otras circunstancias, el PPT establece acertadamente en su cláusula 1ª relativa al objeto del contrato que Este pliego contiene la relación de las características del equipamiento deportivo a suministrar y todas las condiciones de obligado cumplimiento, que deberán llevarse a cabo en la ejecución del contrato por la empresa adjudicataria.

Por ello, no cabe aceptar la alegación el poder adjudicador de que resultaría desproporcionado dejar en manos de la licitadora cuándo debería acreditar el cumplimiento de los requisitos contemplado en la PPT (una vez ha sido requerida) o dejar retrasar dicha acreditación hasta la fase de ejecución para justificar el



requerimiento de subsanación efectuado, pues con el fin de evitar los indeseados efectos alegados debió preverse en los pliegos la efectiva forma de acreditación de las prescripciones técnicas. Otra interpretación conllevaría la vulneración del principio de transparencia (artículo 1 LCSP) que implica, entre otras circunstancias, que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que no se modifiquen durante todo el procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, la Resolución 6/2016, de este OARC/KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita). En definitiva, no puede alterarse durante la licitación lo previsto en los pliegos con argumentos de oportunidad y, consecuentemente, la exclusión de la oferta de la recurrente no se ajusta derecho.

b) Conclusión

A la vista de lo anteriormente indicado, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación de la resolución de exclusión impugnada y la retroacción del procedimiento para que la oferta de la recurrente sea admitida y continúe la licitación.

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: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SALTER SPORT, S.A frente a la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Adquisición de maquinaria y accesorios fitness para los centros penitenciarios de Euskadi, Lote 2”, promovido por la Administración General de la CAE (Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales) en los términos expresados en la letra b) del Fundamento Jurídico Noveno de esta Resolución.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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

Vitoria-Gasteiz, 2024ko uztailaren 11a

Vitoria-Gasteiz, 11 de julio de 2024