



EB 2024/192

Resolución 039/2025, de 6 de marzo, 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 GREEN KW, S.L., contra su exclusión en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Instalaciones solares fotovoltaicas en el centro cívico Salburua y CEIP Zabalgana”, promovido por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de noviembre 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 la empresa GREEN KW, S.L. (en lo sucesivo, GREENKW) contra su exclusión en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Instalaciones solares fotovoltaicas en el centro cívico Salburua y CEIP Zabalgana”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: El día 6 de noviembre, este OARC/KEAO solicitó al poder adjudicador la copia del expediente de contratación, según establece 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 8 de noviembre de 2024.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 15 de noviembre, se han presentado alegaciones por ZUIA INGENIERÍA S.L. con fecha 21 de noviembre de 2024.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.V.P. e I.M.L. que actúa en nombre y representación de la empresa GREENKW.

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 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso 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.



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 Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador, en concreto de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

Resumidamente, los argumentos del recurso son los siguientes:

- a) GREENKW presentó una oferta que incluía módulos fotovoltaicos con tecnología TOPCon tipo N, la cual fue excluida por el órgano de contratación al considerar que dicha tecnología no cumplía con las prescripciones técnicas del pliego, que indicaban que no se deseaban módulos "excesivamente novedosos" o "no contrastados".
- b) La recurrente argumenta que su oferta cumplía con todos los requisitos técnicos establecidos en el pliego y que la tecnología TOPCon tipo N no puede considerarse novedosa, ya que fue desarrollada en 2013, está presente en el mercado desde 2018 y su producción en masa comenzó en 2022.
- c) Durante una visita oficial, un técnico municipal reconoció que la tecnología TOPCon tipo N no debería considerarse novedosa ni experimental, y que la exclusión se basó en una experiencia previa negativa con esta tecnología en otro proyecto.



d) La recurrente sostiene que el pliego técnico no estableció de manera clara y objetiva las causas de exclusión, limitándose a expresar "deseos" o "preferencias" que no tienen valor jurídico suficiente para justificar la exclusión de una oferta. Según el artículo 11 de la LCSP, los pliegos deben garantizar la libertad de acceso a las licitaciones, la transparencia y la libre competencia.

e) La exclusión de la oferta de GREENKW se considera arbitraria, ya que no se fundamenta en criterios objetivos ni en una interpretación razonable de las prescripciones técnicas. La recurrente argumenta que la falta de definición de términos como "novedoso" o "contrastado" en el pliego genera inseguridad jurídica y vulnera los principios de igualdad y libre competencia

f) La LCSP prohíbe expresamente la inclusión de preferencias positivas o negativas en los pliegos que puedan restringir la competencia. La recurrente alega que la exclusión de su oferta constituye una medida discriminatoria que afecta a la igualdad de las empresas y a la libre competencia.

g) Finalmente, solicita que se anule la resolución impugnada y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al de la exclusión de la oferta.

SÉPTIMO: Alegaciones de ZUIA

La licitadora ZUIA manifiesta que su oferta cumple estrictamente todos los requisitos exigidos por el pliego.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso porque:

a) GREENKW fundamenta su recurso en la disconformidad con una cláusula del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP) que excluye los módulos fotovoltaicos con tecnología TOPCon tipo N. Según el artículo 139 LCSP,



la presentación de proposiciones implica la aceptación incondicionada de los pliegos. GREENKW no impugnó los pliegos en el momento oportuno, por lo que no puede recurrirlos indirectamente ahora. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Supremo(TS) establece que los pliegos no pueden ser impugnados en un recurso contra actos posteriores (como la exclusión o adjudicación), salvo que exista una causa de nulidad de pleno derecho, lo cual no se aprecia en este caso.

b) La exclusión de GREENKW se basa en el incumplimiento de los requisitos técnicos mínimos establecidos en el PPTP, que prohíbe expresamente el uso de módulos fotovoltaicos con tecnología TOPCon tipo N. El PPT establece claramente que no se desean módulos experimentales o de tecnología excesivamente novedosa, como los TOPCon tipo N, debido a problemas de fallos y degradación identificados en publicaciones científicas.

c) La cláusula que excluye la tecnología TOPCon tipo N se fundamenta en informes técnicos que alertan sobre problemas de fiabilidad y degradación de esta tecnología.

d) Por último, la exclusión no limita la competencia, ya que existen otras tecnologías disponibles en el mercado (como la P-type) que cumplen con los requisitos del contrato. De hecho, 14 y 18 empresas presentaron ofertas para los lotes 1 y 2, respectivamente, y solo GREENKW fue excluida por este motivo.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir del contenido relevante de los pliegos, que rigen la licitación vinculando a los que en ella participan y al poder adjudicador por no haber sido impugnados en tiempo y forma:



PPT

(...)

ANEXO I - ESPECIFICACIONES TÉCNICAS INSTALACIÓN FOTOVOLTAICA

3. MÓDULOS FOTOVOLTAICOS

Los módulos solares fotovoltaicos tendrán únicamente una cara activa al Sol, y deberán ser monocristalinos. No se aceptarán módulos bifaciales.

Es deseable cualquier tipo de tecnología electrónica o constructiva que aumente su eficiencia de trabajo, o que, disminuya su degradación frente a la radiación solar con el transcurrir de los años.

No se desean módulos experimentales ni tecnología excesivamente novedosa que no esté totalmente contrastada. En particular, no se desean módulos de tecnología TOPCon tipo N.

CARÁTULA DEL PCAP

(...)

CARÁTULA PUNTO 4º

SOBRE 3. DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULA MATEMÁTICA

CRITERIOS DE VALORACIÓN SUJETOS A FÓRMULA MATEMÁTICA (MÁXIMO 100 PUNTOS).

Notas importantes:

- *En los criterios objetivos de valoración únicamente serán consideradas los incrementos de prestaciones que estén contempladas en el listado de criterios objetivos de valoración del pliego con las horquillas que se indican (anexo III).*
- *En todos los casos se deben igualar o superar los requerimientos mínimos del pliego, en caso contrario dará lugar a exclusión. Los criterios excluyentes (requisitos que deben ser cumplidos, pero no dan lugar a valoración) deben ser cumplidos, en caso contrario dará lugar a exclusión de la empresa licitadora.*

A la vista de lo anterior y del resto de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad de la pretensión.



a) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas por la oferta de la recurrente

GREENKW alega, en síntesis, que el producto ofertado sí cumple con los pliegos y, por lo tanto, su exclusión ha de ser anulada. Sobre esta cuestión, se observa lo siguiente:

a 1) Doctrina general sobre la apreciación del incumplimiento de los pliegos por las ofertas de los licitadores

Tal y como ha expuesto reiteradamente este Órgano (ver, por todas, su Resolución 73/2023, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 29/11/2021, nº 1392/2021, ECLI:ES:TS:2021:4369 y la jurisprudencia anterior que cita), no es necesario que las ofertas acrediten expresamente el cumplimiento de 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, según el artículo 139.1 de la LCSP. No obstante, cabe la exclusión de una oferta cuando

- (i) No incluya la acreditación, solicitada expresamente por los pliegos, del cumplimiento de una prescripción, o
- (ii) Cuando su contenido se oponga frontalmente a dichos pliegos.

a 2) Sobre la solicitud de la anulación de la exclusión de la oferta de la recurrente

Aplicada esta doctrina al caso analizado, el motivo del recurso debe desestimarse por las siguientes razones:



1. El apartado 3 del PPT relativo a las características técnicas de los productos objeto del suministro (Módulos fotovoltaicos) establece expresamente que no se desean módulos fotovoltaicos que tengan tecnologías de carácter experimental o de tecnología excesivamente novedosa que no esté totalmente contrastada o que no haya tenido los resultados esperados, y pone como ejemplo las tecnologías TOPCon tipo N y heterunión HJT. Esto es, el poder adjudicador no quiere adquirir módulos fotovoltaicos que no permiten satisfacer las necesidades que se pretenden cumplir mediante la celebración del contrato y no representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador.
2. Pues bien, la recurrente, siendo consciente de lo que establecía la cláusula, presentó unos módulos fotovoltaicos con tecnología TOPCon tipo N expresamente excluidos por el PPT. La inclusión en la oferta de contenido incompatible con el PPT supone su exclusión del procedimiento de adjudicación. En este sentido, debe recordarse que las características técnicas las determina el órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28.1 de la LCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas, ni adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o que no garantiza su respeto, dado que, según la reiterada doctrina de este Órgano (ver, por todas, su Resolución 52/2023), el PPT realiza una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo y contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario. Asimismo, el principio de igualdad de trato (artículo 1.1 LCSP) exige que todas las proposiciones sean conformes a los pliegos para garantizar una comparación objetiva entre las proposiciones presentadas (ver los apartados 37 y siguientes de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22/6/1993, asunto C-243/89, ECLI: EU:C:1993:257). Finalmente, el apartado 3º de la Carátula del PCAP más arriba



reproducido establece la exclusión de las ofertas que incumplan los requisitos excluyentes.

3. Por otro lado, y habiendo sido confirmado el incumplimiento claro y diáfano del PPT, ha de señalarse que la recurrente pudo apreciar la supuesta o hipotética ilegalidad de la prescripción debatida en el momento de la aprobación de los pliegos y, sin embargo, no reaccionó frente a ellos interponiendo el correspondiente recurso especial en materia de contratación. En este punto se hace preciso recordar la reiterada doctrina de este OARC/KEAO, plasmada en múltiples de sus resoluciones (por todas, la Resolución 138/2023), conforme a la cual, la regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial una vez que no se han interpuesto en el plazo previsto para ello, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina, tradicional en nuestro Ordenamiento, ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.
4. Frente a lo especificado en el apartado anterior, no se observa ni el recurrente alega, más allá de una mera invocación a una supuesta nulidad, ninguna de las dos excepciones que pudieran sustentar un



“recurso indirecto” frente a los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 106/2022, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 22/3/2021, ECLI:ES:TS:2021:1196, que confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15/5/2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:1674, y la Resolución 139/2017 del OARC/KEAO, y de 24/3/2021, ECLI:ESTS:2021:1199). Además, si bien es cierto que la cláusula debatida utiliza conceptos jurídicos indeterminados, como novedoso o experimental en lo referente a las tecnologías de los módulos fotovoltaicos, lo verdaderamente relevante y que no ofrece ningún tipo de duda lo constituyen los ejemplos de tecnología referenciados y que no desea adquirir el poder adjudicador, por lo que no pueden aceptarse los alegatos relativos a la inseguridad jurídica de la cláusula. Finalmente, no se acredita ni oscuridad ni ambigüedad en las estipulaciones contractuales y no se argumenta ni se especifica en cuál de las causas de nulidad de pleno derecho a las que se refiere el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas incurre la infracción denunciada.

b) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores, 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:



RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa GREEN KW, S.L., contra su exclusión en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Instalaciones solares fotovoltaicas en el centro cívico Salburua y CEIP Zabalgana”, promovido por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

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, 2025eko martxoaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de marzo de 2025