



EB 2018/198

Resolución 040/2019, de 20 de febrero, 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 mercantil LABORTECH WALDNER, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Suministro e Instalación de Mobiliario de Laboratorio en los Edificios Martina Casiano y Maria Goyri en el campus de Leioa”, tramitado por la Universidad del País Vasco (UPV – EHU).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de diciembre de 2018, la mercantil LABORTECH WALDNER, S.L. (en adelante, WALDNER) interpuso, 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) un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Suministro e Instalación de Mobiliario de Laboratorio en los Edificios Martina Casiano y Maria Goyri en el campus de Leioa”, tramitado por la Universidad del País Vasco (UPV – EHU).

SEGUNDO: El día 26 de diciembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron 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). Dicha documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO entre los días 28 de diciembre de 2018 y 11 de enero.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 2 de enero, se han recibido el 14 de enero las alegaciones de BURDINOLA, S. Coop. (en adelante, BURDINOLA), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de doña. N.S.M. para actuar en nombre de la mercantil recurrente. En cuanto a la legitimación, BURDINOLA plantea la inadmisión del recurso por falta de legitimación del recurrente, que fue excluido de la licitación por la Resolución 145/2018 de este OARC/KEAO. A juicio de este Órgano, esta alegación no puede estimarse. El concepto de interés legítimo como requisito previo de la legitimación ha sido tratado por este OARC / KEAO en diversas resoluciones (ver, por todas la Resolución 138/2017), y puede resumirse en que «(...) el acto impugnado debe repercutir directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, en la esfera jurídica del recurrente, que debe acreditar la titularidad de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, de forma que el "interés legítimo" no puede ser asimilado al del "interés en la legalidad", lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico lo permite.»

Este OARC/KEAO ha admitido la legitimación para impugnar la adjudicación de un contrato por quien ha sido previamente excluido de la licitación del procedimiento (ver, entre otras, la Resolución 2/2017) cuando de la estimación del recurso se derive la cancelación de la licitación o la declaración de desierto, de modo que sea previsible la convocatoria de una nueva licitación a la que pueda presentar una oferta. Esta posibilidad de volver a licitar es una mejora clara respecto a su situación de excluido y se constituye en el interés tangible que caracteriza a la legitimación.

Además, se ha de tener en cuenta que cada uno de los competidores que han participado en el procedimiento de adjudicación está alegando un interés legítimo equivalente a la exclusión de la oferta del otro, lo que puede llevar a la



constatación de la imposibilidad para poder adjudicador de proceder a la selección de una oferta adecuada (ver, en este sentido, la STJUE de 4 de julio de 2013, Fastweb, asunto C-100/12, EU:C:2013:448, párrafo 33).

De acuerdo con la doctrina expuesta, WALDNER estaría legitimada para interponer el recurso ya que su hipotética estimación implicaría la exclusión de BURDINOLA, adjudicatario impugnado y única oferta que permanece en la licitación, de modo que siendo el objeto del contrato el suministro e instalación de mobiliario de laboratorio absolutamente necesario para la labor investigadora, según se señala en la memoria de necesidades, el poder adjudicador se vería obligado a declarar desierto el contrato e iniciar un nuevo procedimiento, en el que WALDNER podría participar con la expectativa de su posible adjudicación, obteniendo un beneficio tangible.

Por otro lado, es relevante que la exclusión del recurrente del procedimiento de adjudicación no haya adquirido firmeza. Es cierto que el TJUE declaró en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C- 355/15, EU:C:2016:988, apartados 13 a 16, 31 y 36), que se podía denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta había sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. No obstante, en el referido asunto, la decisión de exclusión había sido confirmada por una resolución que había adquirido firmeza antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación. Debe tenerse en cuenta que el sistema de recurso especial garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores



que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada (ver, en especial, los apartados 34 a 36 de la sentencia citada).

En el presente caso, a la fecha de presentación del recurso no había transcurrido el plazo de dos meses establecido en el apartado 1 del artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 145/2018 de este OARC/KEAO, por lo que el acuerdo de exclusión no había ganado aún firmeza. consecuentemente, el recurrente goza de legitimación para recurrir.

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 los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación.

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, la UPV–EHU tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 LCSP).

SEXTO: Alegaciones del recurso



La alegación consiste básicamente en que la documentación presentada por la adjudicataria incurre en los siguientes incumplimientos:

- a) La adjudicataria presenta certificados, emitidos por la entidad de certificación y acreditación independiente de conformidad a las normas UNE, caducados.
- b) No se especifican qué modelos, accesorios y opciones se ofertan de todo el amplio repertorio de especificaciones que se incluyen.
- c) No se incluye la descripción del equipo “máquina de hielo”.
- d) Finalmente, se solicita la anulación de la resolución de adjudicación y la retroacción de las actuaciones para excluir a la adjudicataria.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente:

- a) Que los certificados presentados por la adjudicataria, bajo la fecha de validez, citan textualmente que mantiene su vigencia hasta notificación en contra. Además, se hizo una consulta telefónica con la entidad certificante cuya respuesta fue que dichos certificados se hallaban actualizados y, por tanto, en vigor.
- b) La mercantil BURDINOLA define los productos ofertados con la aportación de la Memoria Técnica con excepción de la máquina de hielo, producto que representa, a juicio de la UPV/EHU, el 0,97% de la oferta económica.

OCTAVO: Alegaciones de la adjudicataria impugnada

BURDINOLA alega lo siguiente:



- a) Con relación a la falta de especificación de qué modelos, accesorios y opciones se ofertan achacada por la recurrente, la adjudicataria manifiesta que las fichas técnicas por familias de producto presentadas hacen referencia de manera inequívoca al modelo ofertado.
- b) Con respecto a la presentación de certificados caducados, considera que se trata de un error subsanable, ya que se encontraban en proceso de actualización. Así, se aportan junto con este escrito los certificados renovados, y que los certificados presentados inicialmente son válidos, en la medida en que de forma expresa se indica que mantienen su vigencia hasta notificación en contra.
- c) Con respecto a la máquina de hielo, en el escrito de descargo se expresa el modelo concreto y se adjunta ficha técnica. Existe declaración por parte de la adjudicataria de que el objeto del contrato se ejecutará conforme al proyecto técnico inicial y cumpliendo las especificaciones señaladas en el PPT, es decir, un compromiso de cumplir íntegramente el PPT. En cualquier caso, este equipo supone una parte mínima del global del proyecto, inferior al 1% del monto de la licitación.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de estas cuestiones debe partir del siguiente contenido de los pliegos, que rigen la licitación por no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculando al órgano de contratación y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

1) En el PPT

(...)

EQUIPOS HIELO SALAS 1.18 y 2.17

Las actividades generales del edificio precisan se dote a cada uno de estos locales:

- a) Una máquina de producción de hielo capaz de generar 40 kg



- 2) En la carátula del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP)

28. PRESENTACIÓN DE OFERTAS O SOLICITUDES DE PARTICIPACIÓN

(...)

SOBRE 2: OFERTA ECONÓMICA Y TÉCNICA

(...)

Además, deberán presentar información, tanto escrita como gráfica, que acredite el cumplimiento de las especificaciones señaladas en el Pliego Técnico y certificados realizados por entidad de certificación y acreditación independiente que la gama de productos es conforme a las normas UNE EN 13150 y UNE EN 14727. Y que las Vitriñas de gases cumplen la norma UNE EN 14175.

a) Sobre el incumplimiento de las Prescripciones Técnicas

La recurrente alega, entre otras cuestiones, que la adjudicataria no ha realizado en su oferta descripción alguna ni ha aportado ficha técnica del equipo “máquina de hielo”, siendo un equipo que debe ser incluido en el suministro.

Examinado el sobre 2 aportado por la adjudicataria impugnada se observa que no incluye información gráfica o escrita alguna sobre el equipo máquina de producción de hielo capaz de generar 40 kg. La adjudicataria impugnada concreta por vez primera cuál sería la máquina de hielo ofertada en su escrito de alegaciones al recurso, adjuntando una ficha técnica del modelo RF 0385, 151 kg/24h que, por cierto, no se corresponde con el modelo señalado. El incumplimiento de no facilitar información sobre este extremo de la oferta debe suponer la exclusión de la oferta y su determinación de forma extemporánea debe ser considerada como una reelaboración de la propuesta contractual que no puede ser aceptada.

Como manifestaba este OARC/KEAO en la Resolución 145/2018 relativa a este mismo contrato, (...) La omisión de esta documentación no solo supone que el poder adjudicador carece de elementos para determinar si la proposición se ajusta o no a los pliegos



de la licitación, sino que la oferta es incompleta por no determinar algunos de los contenidos mínimos exigidos en el PPT (...). Asimismo, en dicha resolución se afirmaba que (...) la insuficiencia de la proposición no es, en este caso, una infracción subsanable mediante la aportación extemporánea de la documentación solicitada, pues es claro que equivale a reelaborar la oferta, lo que no es aceptable en un procedimiento de adjudicación abierto, en el que no cabe la negociación, y es contrario a los principios de igualdad de trato de todos los licitadores y de secreto de la oferta (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191 y la Resolución 140/2017 del OARC / KEAO)".

Tanto el poder adjudicador como la adjudicataria señalan que el importe de dicho equipo es inferior al 1% de la oferta económica, y que supone una parte mínima del global del proyecto y de la cuantía de licitación. A este respecto, este Órgano ya señaló (ver Resolución 175/2018) que la existencia de un margen de tolerancia en el que es válido no ajustarse fielmente al PPT, margen cuyo alcance desconocen los operadores económicos y que queda en manos del poder adjudicador, no es aceptable. Y ello, porque es contrario al principio de transparencia y también al principio de igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP), pues permite al poder adjudicador la exclusión o admisión arbitraria de las proposiciones; de hecho, se incumple el mismo objetivo de las prescripciones técnicas, que comprende, entre otras cosas, la descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, la fijación de los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario y la indicación del nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas (ver, por ejemplo, la Resolución 69/2018 del OARC / KEAO), por lo que es contrario a la LCSP dejar en manos del poder adjudicador la determinación de ese margen de tolerancia que le podría permitir actuar de forma arbitraria.

En el procedimiento de adjudicación que nos ocupa, el PPT no fue impugnado en tiempo y forma, lo cual significa que las partes deben atenerse a lo especificado en él (ver, en este sentido, entre otras, las Resoluciones 119/2013, 117/2014 y 12/2016 de este OARC/KEAO). Consecuentemente, las



ofertas que no cumplan con las prescripciones solicitadas no satisfacen el interés del poder adjudicador y deben ser descartadas. El argumento consistente en que la genérica declaración efectuada por la adjudicataria de que el objeto del contrato se ejecutará conforme al proyecto técnico inicial y cumpliendo las especificaciones señaladas en el PPT no salva cualquier contenido concreto de la oferta contrario a los pliegos ya que, por reducción al absurdo, esa interpretación podría llegar a convertir en superfluo el análisis de la adecuación al PPT de cualquier apartado de la oferta que no fuera la propia afirmación genérica. Por ello, no habiendo controversia sobre la realidad de este incumplimiento, sino solo sobre si dicho incumplimiento tiene relevancia o no (según el poder adjudicador y la adjudicataria supone menos del 1% de la cuantía total de la licitación), debe indicarse que no hay graduación ni niveles de incumplimiento, sino que el incumplimiento, o concurre con todas sus consecuencias jurídicas, o no, sin que existan figuras intermedias. Y, como se ha señalado anteriormente, es criterio consolidado el que establece la obligación de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en los Pliegos, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento (la no determinación de la máquina de hielo ofertada es un incumplimiento claro, es decir, se refiere a un elemento objetivo definido en el Pliego de Prescripciones Técnicas) la exclusión de la oferta presentada.

b) Conclusión

La falta de cumplimiento de las determinaciones del PPT en lo que respecta a la máquina de hielo es motivo suficiente para la estimación del recurso y la anulación de la adjudicación con exclusión de la oferta de BURDINOLA. Dado que la citada exclusión implica la declaración de desierto de la licitación por no quedar más licitadores, también supone la satisfacción íntegra de la pretensión del recurrente, por lo que no se hace necesario analizar los demás motivos del recurso cuya estimación llevaría a la misma conclusión.

En su virtud, y 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: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil LABORTECH WALDNER, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Suministro e Instalación de Mobiliario de Laboratorio en los Edificios Martina Casiano y Maria Goyri en el campus de Leioa”, tramitado por la Universidad del País Vasco (UPV – EHU), anulando la adjudicación y ordenando la exclusión de BURDINOLA.

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 conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko otsailaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de febrero de 2019