



EB 2021/174

Resolución 004/2022, de 10 de enero, 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 URBEGI SERVICIOS AUXILIARES, S.L.U, frente a la exclusión de su oferta en el contrato de “Suministro de mascarillas para la protección frente al COVID-19 del personal del Ayuntamiento de Bilbao y de las entidades municipales dividida en dos lotes: LOTE 1 quirúrgicas tipo IIR y LOTE 2 tipo FFP2”, tramitado por el Ayuntamiento de Bilbao.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de septiembre de 2021 se ha presentado 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 URBEGI SERVICIOS AUXILIARES, S.L.U (en adelante, URBEGI), frente a la exclusión de su oferta en el contrato de “Suministro de mascarillas para la protección frente al COVID-19 del personal del Ayuntamiento de Bilbao y de las entidades municipales dividida en dos lotes: LOTE 1 quirúrgicas tipo IIR y LOTE 2 tipo FFP2”, tramitado por el Ayuntamiento de Bilbao.

SEGUNDO: El mismo día 13 este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y 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 entre los días 17 y 21 de septiembre.

TERCERO: Con fecha 22 de septiembre se trasladó el recurso a los interesados en el procedimiento y no se ha recibido alegación alguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente que A.B.C. actúa en nombre y representación de la recurrente.

En lo que respecta a la legitimación, del escrito de recurso se deduce que se impugna la adjudicación de los dos lotes por estimar indebida la exclusión. Al respecto de la legitimación activa, este OARC / KEAO ha manifestado, entre otras, en la Resolución 126/2020, que gozan de legitimación quienes ostentan un “interés tangible”, lo que exige que el acto impugnado pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial o futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre. Se trata de acreditar la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, no necesariamente de contenido patrimonial, que se materializaría de prosperar ésta, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite. Por tanto, el interés legítimo no puede ser asimilado al del interés en la legalidad (ver la Resolución 13/2018 y la jurisprudencia que en ella se cita). Ello significa que gozan de legitimación quienes, de prosperar su recurso, pueden obtener un beneficio (ver, en este sentido la Resolución 92/2016). Sentado lo anterior, se observa que en el presente contrato el único criterio de adjudicación es el precio y que en el lote 1 existe como mínimo un licitador que ha ofrecido un mejor precio que el de la recurrente y que ha sido dado por válido por la mesa de contratación tras el procedimiento establecido en el artículo 149.4 de la LCSP. En consecuencia, de



prosperar el recurso planteado, la recurrente no obtendría beneficio alguno respecto al lote 1 (por ejemplo, la adjudicación), por lo que el recurso debe ser inadmitido en lo concerniente a dicho lote. Sin embargo, se considera que está legitimado para impugnar la adjudicación del lote 2, pues una hipotética estimación de su pretensión le permitiría optar a la adjudicación del citado lote.

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, el Ayuntamiento de Bilbao 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

El recurso se basa, en síntesis, en que la oferta de la recurrente ha sido excluida porque los productos ofertados no poseen el Certificado de un Laboratorio



Nacional (CLN), cuando realmente sí lo tienen. Por otro lado, según los pliegos no procedía presentar dichos certificados, además de que la plataforma electrónica no establecía el lugar donde adjuntarlos. Finalmente, la recurrente presentó una declaración responsable en la que indicaba que cumplía con todas las condiciones legalmente exigidas por los pliegos y que contaba con las autorizaciones necesarias para el ejercicio de la actividad. Por todo ello, solicita que se admitan las ofertas para ambos lotes.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) La oferta de URBEGI para el Lote 2 no resulta admisible porque no presentó documentación alguna en referencia con el Certificado de laboratorio acreditado y radicado en España. La presentación de dichos certificados es un requisito obligatorio que tiene como finalidad evitar la comercialización de productos inseguros o peligroso para los usuarios.
- b) A pesar de que la recurrente posee un Certificado de Laboratorio Nacional AITEX en calidad de fabricante en una localidad sita en la provincia de Bizkaia, lo cierto es que en la ficha técnica aportada por el licitador se indican dos fabricantes distintos, y no se acredita si el certificado de AITEX es válido para ambos ni si el producto a suministrar se ha fabricado en la ubicación certificada.
- c) Por otro lado, los productos ofertados incumplen dos requisitos mínimos obligatorios, como son: la tira de espuma en el clip nasal y que estén exentos de látex que exige el PPT.
- d) Por último, se indica que la plataforma electrónica de licitación permite adjuntar los archivos independientes sin limitación alguna.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La cuestión planteada (previamente circunscrita únicamente al lote 2) por el recurso y su análisis debe partir del contenido de las cláusulas relevantes de los pliegos, que vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnadas en tiempo y forma.

CARÁTULA

24. FORMA DE PRESENTACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN.

Sobres electrónicos:

DOS SOBRES

Sobre A: DECLARACIÓN RESPONSABLE. Se presentará un único sobre, con independencia de los lotes a los que se concurra.

Sobre C: DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS CUANTIFICABLES POR FÓRMULA. Se presentará tantos sobres como lotes a los que opta.

25. PROPOSICIÓN DE LOS LICITADORES: DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR.

SOBRE A: DECLARACIÓN RESPONSABLE

A.1.- DOCUMENTO DEUC: Se presentará el documento europeo único de contratación (DEUC) consistente en una declaración formal y actualizada de la empresa interesada.

Este DEUC se importa electrónicamente desde el enlace DEUC previa descarga del archivo XML denominado "Fichero DEUC " (*para su cumplimentación ver instrucciones en Anexo del PCAP*)

A.2.- DECLARACION RESPONSABLE ANTE EL AYUNTAMIENTO DE BILBAO de cumplimiento de requisitos previos según modelo publicado en el perfil (pdf editable) en el que se cumplimentará los datos exigidos.

A.3.- UTE : En el caso de UTE se aportará Modelo de compromiso de constitución en U.T.E., (según modelo que figura en los anexos al PCAP debidamente cumplimentado

A.4.- Ficha técnica de los productos a suministrar en cada Lote objeto del contrato

****NOTA:** En caso de UTE o de Integración de solvencia con medios externos (art. 75 LCSP) se aportará DEUC y declaración responsable por cada una de las empresas

Se advierte que el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente y en este PCAP para contratar será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones

SOBRE C: DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS CUANTIFICABLES POR FÓRMULA.



Se presentarán tantos Sobres C como lotes a los que opta.

Deberá contener la siguiente documentación:

C.1.-OFERTA económica y oferta de resto de criterios evaluables por fórmula, si el caso: según
MODELO DEL ANEXO I DEL PCAP

(La presentación de ofertas que varíen el modelo establecido en los Anexos, podrá ser causa de exclusión de la licitación.)

PPT

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES

Todos los productos de los lotes 1 y 2 deberán cumplir con todas las especificaciones establecidas en cuanto a sus características técnicas, composición, materiales, fabricación, conservación, distribución y cualquier otra cuestión relativa a los mismos que se determine, tanto en la normativa como en las directrices, instrucciones o especificaciones técnicas establecidas por las autoridades sanitarias, Agencia Española del Medicamento o cualquier otra autoridad competente en la materia, todas ellas vigentes en la fecha en que se realice la entrega efectiva del producto al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales.

Asimismo, en el caso de que con posterioridad a la entrega efectiva de los productos, haya algún cambio normativo o alguna instrucción, directriz o especificación técnica nueva, por parte de las autoridades sanitarias o de cualquier otra autoridad competente, en cuanto a las características técnicas, composición, materiales, fabricación, conservación, distribución del producto, que modifique las condiciones y requisitos técnicos de los mismos, el contratista estará obligado a reponer las mascarillas con otras que cumplan los requisitos técnicos vigentes en ese momento. La información contenida en el envase exterior deberá ser completa, clara, imborrable e inequívoca.

En todo caso, todos los productos objeto de este contrato deberán adaptarse a los cambios normativos que les sean de aplicación, que puedan producirse durante el periodo de vigencia del mismo.

Los artículos entregados deberán contar con una fecha de caducidad no inferior a un (1) año, desde la fecha de entrega del pedido.

Libres de graphene

Con certificado de laboratorio acreditado y radicado en España.

- a) Sobre la obligación de presentar el Certificado de laboratorio acreditado y radicado en España (CLN)



La recurrente alega que, al margen de que sus productos sí disponen del CLN, los pliegos no exigían su aportación junto con la oferta. A juicio de este OARC / KEAO, el recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

- 1) No procede aceptar la alegación del poder adjudicador relativa a que los CLN son documentos de presentación obligatoria por los licitadores por los siguientes motivos: (i) Los certificados de laboratorios nacionales no forman parte de la documentación que los licitadores han de aportar en alguno de los dos sobres electrónicos en los que ha de presentarse la proposición, según se desprende de los apartados 24 y 25 de la carátula más arriba transcritos, y (ii) además de que, con carácter general, las prescripciones técnicas son unos requisitos que deben ser cumplidos por el adjudicatario del contrato (y no acreditados por el licitador), la propia cláusula 3 del PPT establece expresamente que las especificaciones establecidas en cuanto a sus características técnicas, composición, materiales, fabricación, conservación, distribución y cualquier otra cuestión relativa a los mismos que se determine, todas ellas vigentes en la fecha en que se realice la entrega efectiva del producto al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, es decir, que el propio pliego señala que el momento de acreditar que el producto ofertado se encuentra homologado por un laboratorio nacional será el de la entrega efectiva de las mascarillas y no antes, por lo que será obligación del licitador que resulte ser el adjudicatario.
- 2) Por otro lado, tampoco cabe aceptar la alegación que en el escrito de contestación al recurso realiza el Ayuntamiento concerniente al incumplimiento de dos prescripciones técnicas, que igualmente conllevaría a la inadmisión de la oferta de la recurrente del procedimiento licitatorio. Y ello, porque si este Órgano determinara en el presente procedimiento la exclusión de la oferta del recurrente por dicho motivo, tal decisión estaría afectada por un vicio de incongruencia con la petición del recurso (artículo 57.2 de la LCSP) y se cometería un exceso competencial en contra del recurrente, que vería empeorada su situación jurídica respecto a la que tenía antes de interponer la impugnación, lo que está



prohibido por el artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (la llamada *reformatio in peius*). Téngase en cuenta que el trámite de alegaciones concedido al poder adjudicador obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no le concede una vía de impugnación o reconvención, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil. En definitiva, este Órgano únicamente puede decidir sobre lo recurrido y el escrito de contestación al recurso no puede ser el cauce jurídico adecuado para apreciar nuevos supuestos incumplimientos de prescripciones técnicas no advertidos con anterioridad o, como parece el caso, no puestos de manifiesto como motivo de exclusión para que URBEGI pudiera pronunciarse o defenderse.

b) Conclusión

A la vista de lo expresado en los apartados anteriores, el recurso debe ser inadmitido en lo concerniente al Lote 1 y estimado respecto al Lote 2.

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: En relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil URBEGI SERVICIOS AUXILIARES, S.L.U, frente a la exclusión de su oferta en el contrato de “Suministro de mascarillas para la protección frente al COVID-19 del personal del Ayuntamiento de Bilbao y de las



entidades municipales dividida en dos lotes: LOTE 1 quirúrgicas tipo IIR y LOTE 2 tipo FFP2”, tramitado por el Ayuntamiento de Bilbao,

a) inadmitir el recurso en lo que respecta a la adjudicación del Lote 1.

b) estimar el recurso en lo que respecta al lote 2, anulando el acuerdo impugnado.

SEGUNDO: Levantar la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

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

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe 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, 2022ko urtarrilaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de enero de 2022