



EB 2024/166

Resolución 037/2025, de 5 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 GESBRICK, S.L. contra la adjudicación del contrato “Suministro de biomasa para diferentes centros de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de octubre de 2024 la empresa GESBRICK, S.L. (en adelante, GESBRICK) interpuso un recurso especial en materia de contratación 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) contra la adjudicación del contrato “Suministro de biomasa para diferentes centros de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El 7 de octubre el 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 los días 8 de octubre de 2024 y 22 de enero de 2025.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 10 de octubre, se han recibido las alegaciones de la empresa BIOTERMIK ZEBERIO 2009, S.L., adjudicataria impugnada (en adelante, BIOTERMIK).



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.M.A.I.O., que actúa en su nombre.

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 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso 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, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, concretamente, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La adjudicataria no se encuentra certificada en los sistemas de certificación ENplus A1 y DINplus (únicos existentes relativos a los estándares de calidad de los pellets de biomasa) ni como productor ni como distribuidor.

b) El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece que la calidad del suministro es prioritaria, por lo que debe garantizarse un nivel constante de calidad mediante la certificación exigida (ENplus A1). Por ello, se exigió el esquema de certificación ENplus A1 como prescripción técnica pero también al licitador distribuidor del pellet como requisito de solvencia técnica.

c) Con posterioridad a la aprobación del expediente, se publicó una nota informativa en la que se equipara, a los efectos de la solvencia técnica, la certificación DINPlus a la ENPLUS A1. Según el recurrente, se trata de una modificación de los pliegos que debió tramitarse por el procedimiento establecido en los artículos 122 y 124 de la LCSP.

d) En todo caso, el adjudicatario no aporta la certificación ENplus ni a nombre del licitador ni de un tercero; solo aporta la certificación DINPlus a nombre de otro fabricante (EBEPELLET), a pesar de que en su Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) declaró disponer de dicha solvencia. El recurrente alega que no cabe acreditar la solvencia de un modo diferente del manifestado en el DEUC.

e) La recurrente alega que se concedió al adjudicatario un trámite de aclaración sobre la declaración inicial de subcontratación. En este trámite, la adjudicataria afirmó que, a pesar de lo indicado en su declaración previa, no tenía intención de subcontratar prestación alguna, lo que es una alteración indebida de su oferta.

f) Finalmente, se solicita la anulación de la adjudicación impugnada y que se le adjudique el contrato.

SÉPTIMO: Alegaciones de BIOTERMIK

BIOTERMIK se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) GESBRICK trata de asimilar el requisito contemplado en el apartado 21.2 2) del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), referido al pellet que se suministre, con una exigencia al licitador para que éste disponga de una certificación adicional como distribuidor, cuando ambas cuestiones son diferentes y separadas. Se alega que la certificación como distribuidor no es exigida por los pliegos.

b) Tanto la certificación ENplus como la DINplus acreditan que el producto cumple con la calidad A1 normalizada, por lo que es natural la aclaración publicada al respecto por Osakidetza.

c) BIOTERMIK no cuenta con almacenes ni realiza trabajos de distribuidor del pellet que se va a suministrar; dicho suministro es directo desde el fabricante EBEPELLET. Se alega que solo los distribuidores con contacto físico con los pellets deben cumplir los requisitos de certificación de manera independiente; consecuentemente, es suficiente con el certificado DINplus de EBEPELLET como fabricante de calidad A1.

d) El PPT no exige que los trabajos de transporte y distribución corran por cuenta del adjudicatario; tampoco se exige de ningún almacén intermedio ni de certificado alguno de distribuidor.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) El objeto del contrato es el suministro de biomasa con una calidad específica, definida en los pliegos mediante la exigencia de certificaciones como ENplus A1 o DINplus, basadas en la normativa UNE-EN ISO 17225-2:2014. Estas certificaciones se refieren exclusivamente al producto a suministrar y no a las empresas licitadoras.

b) Los pliegos no requieren que las empresas licitadoras cuenten con una certificación como distribuidoras, sino que el pellet suministrado cumpla con los estándares de calidad establecidos.

c) La inclusión de la certificación DINplus en una nota informativa publicada el 16 de julio de 2024 no constituye una modificación de los pliegos, sino una ampliación que permite la participación de más empresas, garantizando la igualdad de trato y la competencia. Asimismo, se alega que la equivalencia entre las certificaciones ENplus A1 y DINplus, está reconocida incluso por la propia recurrente en su escrito.

d) La subsanación del DEUC es correcta, y de la lectura de este documento se deduce que la intención de BIOTERMIK no era subcontratar.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, el recurso se basa en la falta de solvencia del adjudicatario por no disponer de un certificado acreditativo del cumplimiento del estándar de calidad de los pellets de biomasa. El contenido de los pliegos relevante para la presente Resolución es el siguiente:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO

...

II.- CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

...

21.- SOLVENCIA, CLASIFICACIÓN, HABILITACIÓN Y ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS

...

21.2.- Solvencia: Las operadoras económicas deben disponer de la siguiente solvencia:

...

- 2) El pellet suministrado deberá contar con el certificado ENplus A1 basado en la clasificación establecida por la UNE-EN ISO 17225-2:2014 Biocombustibles sólidos. Especificaciones y clases de combustibles. Parte 2: Clases de pellets de madera.

...)

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones de este Órgano, las cuales conducen a la estimación del recurso:

a) Sobre la acreditación del certificado exigido en los pliegos

Sobre esta cuestión, se observa lo siguiente:

- 1) Los pliegos del contrato, que no han sido impugnados en tiempo y forma y que, por lo tanto, rigen la licitación vinculando al poder adjudicador y a los participantes en ella, son claros en exigir como requisito de solvencia el certificado ENplus A1. No hay ninguna mención a ningún otro certificado concreto o a la aceptación de cualquier otro certificado equivalente al expresamente citado, ni tampoco a pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios, como señala el artículo 93.2 LCSP. Dado que no consta que el adjudicatario disponga del certificado ENplus A1, su proposición debe ser excluida.
- 2) Como apunta el recurrente, no cabe que una “nota informativa” pueda alterar un requisito de solvencia, establecido como regla firme de la licitación, omitiendo el procedimiento previsto en el artículo 122.1 LCSP, que exige la retroacción de actuaciones. El contenido de dicha nota excede del propio de una mera aclaración del alcance de los pliegos, que se alteran y además, muy sustancialmente, pues se permite el acceso al contrato a una proposición carente de la solvencia inicialmente exigida. Igualmente, es claro que no hay corrección de un error material, de hecho o aritmético, único caso en el que el artículo 122.1 LCSP autoriza a prescindir de la retroacción de actuaciones, pues el contenido de la alteración no se deduce del mismo expediente sino que precisa de un

juicio jurídico y técnico sobre la equivalencia de los certificados (ver, por ejemplo, la Resolución 83/2022 del OARC / KEAO).

- 3) Este OARC / KEAO ya ha señalado que la modificación de condiciones esenciales de la licitación (como la acreditación de la solvencia) sin la debida publicidad conculcándose los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato, además de lo dispuesto en el artículo 122 LCSP, por lo que la supuesta nota informativa que en realidad disfraza una modificación de los pliegos no puede oponerse válidamente a GESBRICK. Téngase en cuenta que los participantes en el procedimiento deben poder confiar en que el cambio de las reglas de la adjudicación se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial, por lo que no puede entenderse que la recurrente haya consentido la modificación. Además, debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita, en la que se obvia la publicidad adecuada, es susceptible de crear desigualdad de trato entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y durante el proceso de valoración de las mismas (ver, por ejemplo, las Resoluciones 97/2020 y 173/2021 del OARC / KEAO).

b) Sobre la congruencia entre el DEUC y la acreditación de la solvencia

Si bien lo expuesto en el apartado a) anterior es suficiente para excluir la proposición del adjudicatario impugnado, debe señalarse que, además, la forma de acreditación de la disponibilidad del certificado no se adecúa a la LCSP por los siguientes motivos:

- 1) BIOTERMIK declara en el DEUC (tanto en la versión inicialmente presentada como en la corregida después de un requerimiento de aclaración del poder adjudicador) que no va a basarse en las capacidades de otras entidades para satisfacer los criterios de selección exigidos (entre los que figura el certificado de calidad debatido), la llamada “integración de la solvencia” (artículo 75 LCSP). Sin embargo, en el trámite previsto

en el artículo 150.2 LCSP se aportó un certificado DINPlus a nombre de EBEPELLET, S.L.

- 2) Como ya ha señalado este Órgano (ver, por ejemplo, su Resolución 234/2024), no cabe que una empresa pretenda acreditar su solvencia de un modo distinto al que señaló en el DEUC. En este caso, BIOTERMIAK pretende integrar su solvencia (artículo 75 LCSP) con la de otra persona distinta de ella, posibilidad que excluyó en su DEUC. Ello sería contrario a la misma esencia de este documento, que es probar preliminarmente que, en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, ya se satisfacían los requisitos de admisión exigibles y se estaba en disposición de acreditarlo en cualquier momento procedimental en que se le exigiese, precisamente en los términos expresados en el DEUC. Admitir una acreditación de la solvencia en una forma diferente de la señalada en el DEUC supondría permitir la aportación de documentos no sustituidos por dicho DEUC, cuyo propósito es justamente evitar la presentación al principio del procedimiento de adjudicación de los documentos a los que se refiere (ver, por todas, la Resolución 54/2018 del OARC / KEAO) y, en definitiva, sería una alteración de la oferta. Por otro lado, la recurrente tampoco presentó tal y como pide el artículo 140.1 c) LCSP el DEUC de EBEPELLET, S.L. a cuyas capacidades pretendía recurrir.

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores, el recurso debe estimarse.

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 la empresa GESBRICK, S.L. contra la adjudicación del contrato “Suministro de biomasa para diferentes centros de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza, anulando la adjudicación impugnada, acordando la exclusión de la oferta de BIOTERMIK y ordenando la retroacción de actuaciones para que se proceda según lo dispuesto en el artículo 150.4 LCSP.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, según lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

CUARTO: De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que comunique al OARC / KEAO 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 esta (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 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de marzo de 2025