



EB 2023/070

Resolución 072/2023, de 20 de abril, 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 TEVASEÑAL, S.A. frente a los pliegos del contrato de “Suministro, implantación, puesta en marcha, operación y mantenimiento de un sistema integral para el establecimiento de una zona de bajas emisiones en Donostia”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia - San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de marzo de 2023 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 TEVASEÑAL, S.A. frente a los pliegos del contrato de “Suministro, implantación, puesta en marcha, operación y mantenimiento de un sistema integral para el establecimiento de una zona de bajas emisiones en Donostia”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia - San Sebastián.

SEGUNDO: En fecha 24 de marzo 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). Dicha documentación se recibió los días 27 y 28 de marzo.





TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 016/2023, de 29 de marzo de este Órgano se acordó admitir a trámite el recurso especial y estimar la petición de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de adjudicación del contrato, pero no el plazo de presentación de ofertas.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados el día 30 de marzo, no se ha recibido alegación alguna.

QUINTO: Consta en el expediente que el 58,68 % del gasto del contrato impugnado será financiado mediante el Fondo de Recuperación y Resiliencia de la Unión Europea (cláusula 6 del cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares PCAP). Consecuentemente, el presente procedimiento de recurso es de tramitación urgente y preferente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.C.A. que actúa en su nombre.

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 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurrente

Los argumentos en los que se funda el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) De la mera lectura de la cláusula 6.16.1 del Pliego de condiciones técnicas (PCT) y Anexo B.2, relativo a los trabajos del lote 2, se pone de manifiesto que ni existen mediciones ni presupuesto base de licitación (PBL), limitándose a un simple listado de precios unitarios y a una relación de medios humanos y materiales, lo que impide realizar a la recurrente su oferta. Esta omisión, así como la indeterminación del objeto del contrato, son trascendentes debido a las obligaciones que ha de asumir el adjudicatario en virtud de la referida cláusula contractual. Todo ello conculca los artículos 99, 100, 101 y 102 de la LCSP.

b) El PBL no se ha establecido de acuerdo a los precios del mercado, pues se ha determinado únicamente en base a la subvención que la Administración ha obtenido de MITMA. Además, sólo se repercute el 6 % del beneficio industrial, pero ningún coste directo o indirecto o gasto general. Ni tan siquiera se



proporcionan planos en los que, según las ubicaciones, realizar un estudio de la infraestructura. Todo ello comporta que (i) el cálculo del valor estimado no garantiza un equilibrio entre las partes, (ii) existe un claro enriquecimiento injusto de la administración, (iii) no está garantizada la viabilidad de las prestaciones objeto del contrato.

c) La indefinición del objeto del contrato y que la prestación quede al arbitrio de la Administración afecta, además, al programa de trabajo debido a la imposibilidad de prever y calcular los medios humanos y materiales necesarios.

d) Finalmente, se solicita que se declaren nulas de pleno derecho y / o se anulen las cláusulas 3, 4 y 5 del PCAP, la cláusula 6.16.1 y los Anexos B.2 y B.3 del PCT y el Estudio Económico para el Lote 2.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) En lo que respecta a la ausencia de mediciones y presupuesto en el Lote 2, la cláusula 4.2 del PCAP advierte que las prestaciones comprendidas en dicho lote se ejecutan en dos momentos diferentes: una primera referida al suministro e implantación del sistema, que se ejecuta según necesidades de la Administración a precios unitarios y con un presupuesto base máximo (conforme a la Disposición Adicional 33 de la LCSP) y, una segunda, referida al mantenimiento del sistema.

b) La fase de implantación se corresponde con la subvención otorgada por MITMA y los precios unitarios del lote 2 son de mercado. El artículo 102.1 de la LCSP exige que el precio sea cierto, pero se puede formular en diversos términos conforme al mismo artículo. Además, es la empresa recurrente la que tiene la carga de probar con datos o informes que los precios unitarios no son de mercado. En lo que corresponde al precio de la Fase Operación (precio 4), se



trata de un precio a tanto alzado, sin que la recurrente acredite la existencia de error manifiesto.

c) En lo que respecta a la falta de desglose de los costes directos e indirectos en el contrato de suministro, alega en su defensa la Resolución 120/2021 del OARC / KEAO y la Resolución 1060/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

d) El objeto del contrato es determinado, aunque el número total de entregas incluidas en el lote 2, fase de implantación, no se defina con exactitud al tiempo de la licitación. Únicamente existe indefinición del número real de entregas por estar subordinadas a las necesidades de la Administración.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, en el recurso se alega (i) la indefinición del objeto del contrato y (ii) que el PBL incumple el mandato de que el infringe varios preceptos de la LCSP. El análisis de este Órgano debe partir de cláusulas de los pliegos impugnadas:

CLÁUSULAS DEL PCAP

[...]

3.- KONTRATUAREN XEDEA. Sortak eta kodeak	3.- OBJETO DEL CONTRATO. Lotes y códigos
Kontratu honek duen helburua zera da: Donostian isuri maila txikiko eremu bat ezartzeko sistema integral batez hornitzea udala, aldez aurreko ingeniaritza-zerbitzua, sistema ezartzea, abian jartzea, jardutea eta mantentzea; eta, horrekin batera, baita isuriak murrizten lagunduko duten jarduerak osagarri batzuk egitea ere. Sistema integral horrek sarbideak automatikoki zaindu eta kontrolatzeko sare bat izan behar du, ibilgailu motordunen matrikula harrapatzeko eta ezagutzeko modua izango duena, bai eta isuriak neurtzeko ingurumen-monitorizazioko beste sare bat ere. Jarduketa osagarriak, berriz, hauek izango dira: egoiliarrentzako lehentasun eremuak ezartzea -Ordenantzaren arabera baimendutako ibilgailuak soilik sar daitezkeen eremuak-, informazio aldatzeko panel-sare bat jartzea eta zama lanetarako tokiak gordetzeara digitalizatzea.	Constituye el objeto del presente contrato el servicio de ingeniería previa, el suministro, implantación, puesta en marcha, operación y mantenimiento de un sistema integral para el establecimiento de una zona de bajas emisiones en Donostia, así como de diversas actuaciones complementarias que coadyuvarán a la reducción de emisiones. Dicho sistema integral se compone de una red de vigilancia o control automático de accesos que permite la detección, captura y reconocimiento de la matrícula de los vehículos a motor y una red de monitorización ambiental para la medición de emisiones. Por otra parte, las actuaciones complementarias se materializan en la creación de zonas de prioridad residencial -zonas a las que sólo podrán acceder los vehículos autorizados en base a Ordenanza-, en la instalación de una red de paneles de información variable y en la digitalización de reservas de carga y descarga.



Era berean, kontratu honen xedearen parte dira lehen deskribatutako lan horien (sistema integrala ezartzea eta jardutea eta jardura osagarriak egitea) zuzendaritza fakultatiboa eta kalitate-aholkularitza egitea ere. Kontratu honen xedea bi sortatan banatu da, kontratatu behar diren prestazioak, horien homogeneotasuna eta osagarritasuna aintzakotzat hartuta. Era berean, ingurumen eta genero-berdintasun irizpideak kontuan izanda beteko da kontratua. Kontratu honi dagokionez, nabarmentzekoa da 1. Fasea. Ezarpenako jarduerak, bai 1. sortan dagokionez, bai 2. sortan dagokionez, Europar Batasuneko Berreskuratze eta Erresilientzia Funtsak (Next GenerationEU Funtsak) finantzatutakoan artean daudela, eta horien epeak eta zenbatekoak ikusku egiten dira, azken helburua lortzeko.	Igualmente, constituyen parte del objeto de este contrato las labores de Dirección Facultativa y la Consultoría de Calidad de los trabajos previamente descritos, es decir, para las labores de implantación y operación del sistema integral y actuaciones complementarias. El objeto del contrato ha sido dividido en dos lotes, en atención a las prestaciones a contratar, su homogeneidad y la complementariedad de las mismas. En la ejecución de este contrato se observarán criterios medioambientales y de igualdad de género. Un aspecto a destacar respecto del presente contrato es que las actuaciones de la Fase 1, tanto del Lote 1 como del Lote 2, están incluidas en las financiadas por el Fondo de Recuperación y Resiliencia de la Unión Europea (Fondos Next GenerationEU), cuyos plazos e importes son auditados para su consecución final.
3.1. GORDETA KO KONTRATUA (9/2017) Legearen 4. eta 48. x.g.)	3.1. CONTRATO RESERVADO (D.A. 4ª Y 48ª de la Ley 9/2017)
EZ	NO
3.2. XEDEA SORTATAN BANATZEA	3.2. DIVISIÓN EN LOTES DEL OBJETO
BAI. Kontratu hau <u>bi sortatan</u> banatuko da. Modu espresuan aurkakoa adierazi ezean, Agiri honetako klausulak bi sortentzako aplikagarriak izango dira. Kontratu hau honako bi sorta hauean banatzen da: • 1. Sorta: Lanen Zuzendaritza eta kalitate aholkularitza, CPV Nagusia: 71300000-1 Ingenieritza Zerbitzuak • 2. Sorta: Emisio gutxi eremu bat ezartzeko sistema integrala eta jarduketa osagarriak ezartzea, CPV Nagusia: 34970000-7 Trafikoa monitorizatzeko ekipoa.	SI. El objeto de este contrato se divide en <u>dos lotes</u>. Salvo que se indique lo contrario de manera expresa, las cláusulas del presente Pliego serán aplicables a ambos lotes. El contrato se divide en los siguientes dos lotes: • Lote 1: Dirección Facultativa y Consultoría de calidad, con CPV Principal: 71300000-1. Servicios de Ingeniería • Lote 2: Implantación del sistema integral y actuaciones complementarias para el establecimiento de una zona de bajas emisiones, con CPV Principal: 34970000-7 Equipo para monitorización del tráfico.
Sorten muga Ezaugarrien Taula honen II. Gehigarrian datorrena izango da.	La limitación de lotes es la establecida en la adenda II de este Cuadro de Características
3.3. KODIFIKAZIOA	3.3. CODIFICACIÓN
Europako Batzordearen CPV Kodifikazioa (Kontratuen Hiztegi Komuna)	Codificación CPV de la Comisión Europea Vocabulario Común de Contratos)
• 1. Sorta / Lote 1: Lanen Zuzendaritza eta kalitate aholkularitza // Dirección Facultativa y Consultoría de Calidad CPV Nagusia / Principal: 71300000-1 Ingenieritza Zerbitzuak // Servicios de ingeniería CPV osagarriak / complementarios: • 71322500-6 Trafikoko instalazioen diseinu teknikoko zerbitzuak Servicios de diseño técnico de instalaciones de tráfico • 71520000-9 Obrak ikuskatzeko zerbitzuak Servicios de supervisión de obras • 71318000-0 Ingenieritza aholkularitza- eta aholkularitza-zerbitzuak Servicios de asesoramiento y consultoría en ingeniería • 72200000-7 Software-programazioko eta aholkularitza zerbitzuak Servicios de programación de software y de consultoría • 72223000-4 Informazioaren teknologien eskakizunak berrikusteko zerbitzuak Servicios de revisión de las exigencias de tecnologías de la información • 2. Sorta / Lote 2: Emisio gutxi eremu bat ezartzeko sistema integrala eta jarduketa osagarriak ezartzea // Implantación del sistema integral y actuaciones complementarias para el establecimiento de una zona de bajas emisiones CPV Nagusia / Principal: 34970000-7 Trafikoa monitorizatzeko ekipoa // Equipo para monitorización del tráfico CPV osagarriak / complementarios: • 30210000 Datuak prozesatzeko makinak (hardware)	



Máquinas procesadoras de datos (Hardware)	
45317000 Instalazio elektriko beste lan batzuk Otros trabajos de instalación eléctrica 45314000 Instalazio elektriko beste lan batzuk Instalación de equipo de telecomunicaciones 72212900-8 Hainbat software eta sistema informatiko garatzeko zerbitzuak Servicios de desarrollo de software y sistemas informáticos diversos 71300000-1 Ingeniaritza Zerbitzuak Servicios de Ingeniería	
CPA kodifikazioa (Produktuen sailkapena jardueren arabera)	Codificación CPA (Clasificación de Productos por Actividades)
1. SORTA / LOTE 1	
CPA Nagusia / CPA Principal: 74.20.3 Ingeniaritza Zerbitzuak / Servicios de ingeniería	
CPA osagarriak / complementarios: CPA: 71.11.31 Hiri-plangintzako zerbitzuak / Servicios de planificación urbana CPA: 71.12.12 Eraikuntzarako Ingeniaritzako zerbitzu teknikoak / Servicios técnicos de ingeniería para la construcción CPA: 71.12.11 Ingeniaritzako aholkularitza-zerbitzuak / Servicios de asesoría en ingeniería CPA: 62.01 Programazio informatikoko zerbitzuak / Servicios de programación informática CPA: 62.01.12 Sare eta sistematarako informazio-teknologiaren diseinu- eta garapen-zerbitzuak / Servicios de diseño y desarrollo de tecnologías de la información para redes y sistemas	
2. SORTA / LOTE 2	
CPA Nagusia / CPA Principal: 32.30.3 CPA Audioa eta bideoa grabatzeko eta erreproduzitzeko aparatuek / Aparatos de grabación y reproducción de audio y video	
CPA osagarriak / complementarios: CPA 30.02.1 Ordenagailuak eta horien zatiak eta osagarriak / Ordenadores y sus partes y accesorios CPA 42.22 Instalazio elektriko lanak / Trabajos de instalación eléctrica CPA 42.22 Sare elektrikoak eta telekomunikazio-sareak; sare elektrikoak eta telekomunikazio-sareak eraikitze lanak / Redes eléctricas y de telecomunicaciones; trabajos de construcción de redes eléctricas y de telecomunicaciones CPA 62.01.12 Sare eta sistematarako informazio-teknologiaren diseinu- eta garapen-zerbitzuak / Servicios de diseño y desarrollo de tecnologías de la información para redes y sistemas	
4.- LIZITAZIOAREN OINARRIZKO AURREKONTUA	4.- PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN
4.1. PREZIOA ZEHAZTEKO SISTEMA:	4.1. SISTEMA DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO:
1. SORTA Sorta hau osatzen duten fase bakoitzeko oroharreko prezioa.	LOTE 1 Precio alzado a la totalidad de cada una de las fases del contrato.
2. SORTA - "1. Fasea.- Ezarpena" Prezio unitarioak 2. Sortako "1. Fasea.- Ezarpena" SPKLren 33. Xedapen Gehigarrian araututakoari jarraiki exekutatu da. SPKLren 33. Xedapen Gehigarrian jarraiki, fase honen baitan ordainduko diren guztizko unitate kopurua Udaltzaren beharren arabera izango da. PPTTen 3. epigrafean ezartzen den bezala, lizitazioaren unean Donostiako Udalak sarrerak automatikoki kontrolatzeko 31 gune jartzea aurreikusten du. Beraz, kontrol automatikoko 31 puntu horiek dira 2. sorta honen baitan egin beharreko gutxienezko prestazio-kopurua. Edonola ere, Udaltzaren benetako eta behin betiko beharrak Emisio Gutxi Eremua mugatuz zehaztuko dira. Ondorioz, sorta honentzako adierazi den aurrekontua aurreikusitako gehienekoa da, lizitatuak beraien eskaintza ekonomikoak prestatu ahal izateko; alizitak, ez du inolaz ere Udala kopuru oso honi ordaintzera behartzen. Udalak benetan behar duena eskatuko du eta horren arabera hornitzen den eta ematen den zerbitzua bakarrik ordainduko du. - 2. Fasea, Operazioa.- Fase osoaren oroharreko prezioa	LOTE 2 - "Fase 1.- Implantación". Precios unitarios. Esta Fase 1 del lote 2 se registrará por lo dispuesto en la Disposición Adicional 33 de la LCSP. En virtud de la Disposición Adicional 33 de la LCSP, el número total de unidades a abonar en esta fase lote será en función de las necesidades reales del Ayuntamiento. Tal y como se establece en el epígrafe 3 de los PPTT, en el momento de la licitación el Ayuntamiento de Donostia prevé la instalación de 31 puntos de control automático de accesos. Por lo tanto, esos 31 puntos de control automático constituyen el número mínimo de prestaciones a ejecutar en este Lote 2. No obstante, las necesidades reales y definitivas del Ayuntamiento serán precisadas mediante la futura delimitación de la Zona de Bajas Emisiones. Por tanto, el presupuesto indicado para este Lote se trata de un máximo estimativo, a fin de que las licitadoras puedan elaborar sus ofertas económicas, pero en ningún caso vincular al Ayuntamiento a abonar su totalidad, quien solo pagará lo que realmente sea necesario y se suministre. - Fase 2, Operación. Precio a tanto alzado de la totalidad de la Fase
4.2. LIZITAZIOAREN OINARRIZKO AURREKONTUA	4.2. PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN
1. SORTA / LOTE 1	
- Kontratu osoaren oroharreko prezioa / Precio a tanto alzado a la totalidad del contrato 64.945,50€ Prezio hori honela banatzen da / Que se divide de la siguiente manera • Fase de Implantación..... 51.025,60€ • Fase de operación (24 meses)..... 6.950€ • Prórroga (24 meses)..... 6.960€ - BEZa / IVA (%21)..... 13.638,56€ - Zerbateko osoa / Importe total..... 78.584,06€	
2. SORTA / LOTE 2	
- "1. Fasea, Ezarpena." Prezio unitarioak. Plegu Teknikoetako B.2 Eranskinean daude jasoak fase hau osatzen duten prezio unitarioak.	



Fase hau SPKLren 33. Xedapen Gehigarrian araututakoari jarraiki exekutatuko da. SPKLren 33. Xedapen Gehigarrian jarraiki, sorta honen baitan ordainduko diren gaitzaren kopurua Udaltzaia beharren arabera izango da. PPTTen 3. epigrafean ezartzen den bezala, lizitazioaren unean Donostiako Udalak ibilgailuen sarrerak automatikoki kontrolatzeko 31 gune jartzea aurrekusten du. Edonola ere, Udaltzaia benetako eta behin betiko beharrak Emisio Gutxi Eremua mugatzen denean zehaztuko dira. Ondorioz, sorta honentzako adierazi den aurrekontua aurrekustitako gehienekoa da, lizitatuak beraien eskaintza ekonomikoak prestatu ahal izateko; aitzitik, ez du inolaz ere Udala kopuru oso hori ordaintzera behartzen. Udalak benetan behar duena eskatuko du eta horren arabera hornitzen den eta ematen den zerbitzua bakarrik ordainduko du.							
- "Fase 1. Implantación". <u>Precios unitarios</u>: Los precios que rigen esta fase se recogen en el Anexo B.2 de los Pliegos Técnicos. Esta fase se registrará por lo dispuesto en la Disposición Adicional 33 de la LCSP. En virtud de la Disposición Adicional 33 de la LCSP, el número total de unidades a abonar en este segundo lote será en función de las necesidades reales del Ayuntamiento. Tal y como se establece en el epígrafe 3 de los PPTT, en el momento de la licitación el Ayuntamiento de Donostia prevé la instalación de 31 puntos de control automático de accesos de vehículos. No obstante, las necesidades reales y definitivas del Ayuntamiento serán precisadas mediante la futura delimitación de la Zona de Bajas Emisiones. Por tanto, el presupuesto indicado para este Lote se trata de un máximo estimativo, a fin de que las licitadoras puedan elaborar sus ofertas económicas, pero en ningún caso vincula al Ayuntamiento a abonar su totalidad, quien solo pagará lo que realmente sea necesario y se suministre.							
- 2. Fasea. Operazioa.- <u>Fase osoaren orotarreko prezioa</u> // Fase 2. Operación. <u>Precio a tanto alzado de la totalidad de la Fase</u> - Sorta hau exekutzeko aurrekustitako aurrekontu osoa / Presupuesto total previsto para la ejecución de este Lote: 2.387.227,42€ Aurrekontu hori honela banatzen da / Que se divide de la siguiente manera: <table border="1"><tr><td>• Ezarpen-fasea / Fase de Implantación</td><td>1.336.428,22€</td></tr><tr><td>• Eragiketa-fasea / Fase de operación (24 meses)</td><td>525.399,60€</td></tr><tr><td>• Luzapena / Prórroga (24 meses)</td><td>525.399,60€</td></tr></table> - BEZa / IVA (%21): 501.317,76€ - Zenbateko osoa / Importe total: 2.888.545,18€		• Ezarpen-fasea / Fase de Implantación	1.336.428,22€	• Eragiketa-fasea / Fase de operación (24 meses)	525.399,60€	• Luzapena / Prórroga (24 meses)	525.399,60€
• Ezarpen-fasea / Fase de Implantación	1.336.428,22€						
• Eragiketa-fasea / Fase de operación (24 meses)	525.399,60€						
• Luzapena / Prórroga (24 meses)	525.399,60€						
4.3. LIZITAZIOAREN OINARRIZKO AURREKONTUAREN BANAKETA	4.3. DESGLOSE DEL PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN						
1. SORTA / LOTE 1 - Zuzeneko Kostuak / Costes Directos: 55.987,50€ (Langilearen kostuak / Costes de personal: 55.987,50€) - Zeharkako Kostuak / Costes Indirectos: 8.958,00€							
2. SORTA / LOTE 2 - Zuzeneko Kostuak / Costes Directos: 2.057.954,67€ (Langilearen kostuak / Costes de personal: 843.281,42€) - Zeharkako Kostuak / Costes Indirectos: 329.272,75€							
5.- KONTRATUAREN BALIO ZENBATETSIA	5.- VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO						
1. SORTA a- Lizitazioaren zenbatekoa (BEZa kanpo): 57.985,50€ b- Luzapenen zenbatekoa (BEZa kanpo): 6.960€ 1. SORTA OSOTARA: 64.945,50€ 2. SORTA a- Lizitazioaren zenbatekoa (BEZa kanpo): 1.861.827,82€ b- Luzapenen zenbatekoa (BEZa kanpo): 525.399,60€ c- Aurrekustitako aldaketaren zenbatekoa (BEZa kanpo): 477.445,48€ 2. SORTA OSOTARA: 2.864.672,90€	LOTE 1 a- Importe de licitación (IVA excluido): 57.985,50€ b- Importe de las prórrogas (IVA excluido): 6.960€ TOTAL LOTE 1: 64.945,50€ LOTE 2 a- Importe de licitación (IVA excluido): 1.861.827,82€ b- Importe de las prórrogas (IVA excluido): 525.399,60€ c- Importe de las modificaciones previstas (IVA excluido): 477.445,48€ TOTAL LOTE 2: 2.864.672,90€						
KONTRATU OSOAREN BALIO ZENBATETSIA (1. + 2. SORTA) VALOR ESTIMADO TOTAL DEL CONTRATO (LOTES 1 + 2) 2.929.618,40 €							

[...]



PLIEGO DE CONDICIONES TÉCNICAS

[...]

6.16 Presupuesto base, certificación de los trabajos y abono

6.16.1 Presupuesto base de licitación

En el presente PPT se incluyen como ANEXO B.2 las Mediciones y Presupuesto Base correspondiente a los trabajos del LOTE 2. Los precios unitarios que componen el Precio 3 y el Precio 4 allí definidos, afectados por la baja que oferte la Empresa Contratista, serán de aplicación durante el periodo de vigencia del Contrato.

Los precios se entiende que incluyen todos los gastos que la Contratista tenga que realizar por el cumplimiento de los trabajos objeto del Contrato. Como norma general, en lo referente al Precio 3, el precio de cada partida considerado en el Presupuesto Base es el precio acabado, incluyendo el suministro, colocación, montaje e instalación de forma que el elemento sea totalmente operativo y funcional. Se entenderán incluidos, sin que la relación siguiente sea limitadora, sino meramente enunciativa:

- Los gastos directos e indirectos, importes, arbitrios o tasas por motivo del Contrato y de la ejecución de los trabajos excepto el IVA.
- Los gastos que originen a la Contratista el servicio de ingeniería (apartado 6.2), replanteo, programación de los trabajos, control de materiales, control de calidad, control de la ejecución, pruebas, etc.
- Los gastos de permisos y licencias que correspondan a la Empresa Contratista por ser necesarias para la ejecución del Contrato.
- Los gastos correspondiendo a instalaciones y equipos de maquinaria.
- Los gastos de instalaciones y retirada de toda clase de construcciones auxiliares, plantas, instalaciones y herramientas.
- Los gastos de alquiler o adquisición de terrenos para depósitos de maquinaria y materiales.
- Gastos de protección de los acópes de material y de los propios trabajos contra todo tipo de deterioros.
- Gastos de retirada de materiales rechazados, evacuación de restos, limpieza general de los trabajos ejecutados.
- Alquiler o adquisición de almacenes e instalaciones, el centro de trabajo, etc.
- La conservación y policía de la zona de los trabajos durante la ejecución de estos, el suministro, colocación y conservación de la misma, la guarda de los trabajos y la vigilancia de afecciones a terceros, con especial atención al tráfico de peatones y vehículos.
- Los mayores costes que puedan derivarse con motivo de la realización de trabajos fuera del horario laboral, y que sean necesarios por el desempeño del programa de trabajos, por la respuesta a incidencias viales y por la realización de los trabajos con la mínima afectación al tráfico.
- La señalización, cortes de carril, desvíos de tráfico, servicios auxiliares y similares.

A la vista de la documentación que consta en el expediente y de las alegaciones de los interesados, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la pretensión de la recurrente.



a) Sobre la configuración del contrato

El recurso critica la ausencia de mediciones del objeto del contrato y el desglose de las distintas partidas que componen el PBL del Lote 2 “Implantación del sistema integral y actuaciones complementarias para el establecimiento de una zona de bajas emisiones” (cláusula 3.2 del cuadro de características), lo que a juicio del recurrente supone una clara indefinición del objeto del contrato. El examen de esta impugnación debe partir del contenido y estructura de la obligación correspondiente a este lote cuya ejecución se divide en dos fases:

1. La Fase 1ª denominada “Implantación”, consiste, de forma resumida, en la ejecución de servicios de ingeniería de redacción de diversa documentación para la puesta en marcha del sistema y el suministro, implantación y puesta en marcha de las medidas tecnológicas que componen el Sistema integral y actuaciones complementarias para el establecimiento de la zona de bajas emisiones (cláusula 6.1.1. del PCT). El plazo de ejecución de esta fase finaliza “... inexcusablemente el 31 de diciembre de 2023 sin posibilidad de prórroga” y a su terminación se firma el “Acta de recepción de la Fase 1ª”, que conlleva la recepción parcial de los trabajos vinculados a esta fase. La determinación del precio del contrato en lo que a esta fase se refiere se realiza por precios unitarios, figurando la relación detallada de precios unitarios máximos y su descripción en el Anexo B.2 del PCT. A este respecto, tanto la cláusula 3 del PCT como la cláusula 4.2 del cuadro de características del PCAP especifican que esta fase se rige por lo dispuesto en la Disposición Adicional 33 de la LCSP, en cuya virtud el número total de unidades a abonar se efectuará en función de las necesidades reales del Ayuntamiento, si bien existe una previsión inicial de instalación de 31 puntos de control automático de acceso de vehículos.
2. La Fase 2ª denominada “Operación” que comprende los trabajos de monitorización de los sistemas instalados y el mantenimiento comenzará con la firma del “Acta de inicio de los trabajos” y su duración será de 24 meses con posibilidad de prórroga. El precio de esta fase se determina a tanto alzado.



A la vista de todo ello este Órgano considera que la impugnación debe ser desestimada por los siguientes motivos:

- 1) En las estipulaciones del contrato que nos ocupa, la fase 1 del Lote 2 se define como "... incluida en la Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP", que describe los contratos de suministros y servicios en los que "...el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración...". Se debe partir de que la finalidad de esta disposición es permitir la contratación de determinados suministros y servicios cuando al órgano de contratación no le resulta posible fijar a priori el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato al tiempo de celebrar el contrato, por hallarse subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración (en este sentido el Informe 14/20 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado).
- 2) En los pliegos constan, en coherencia con la citada Disposición adicional, la descripción de los bienes a suministrar, el precio unitario máximo de licitación, el presupuesto de gasto máximo y, además, se ha señalado un número estimado de puntos a controlar a instalar (31). A juicio de este Órgano, el objeto del contrato está suficientemente descrito, sin perjuicio del margen de incertidumbre respecto al número de unidades finalmente ejecutadas, que es inherente a esta modalidad contractual, y los pliegos contienen la información adecuada para elaborar una oferta. En este sentido, es relevante que hayan presentado oferta siete licitadores, uno de ellos la recurrente, lo cual es un indicio muy significativo de que el contrato ha suscitado la competencia en el mercado y que los operadores económicos están interesados en sus términos.
- 3) Este Órgano ha venido sosteniendo que, para delimitar el objeto del contrato y su clausulado, el poder adjudicador está amparado por una amplia discrecionalidad técnica para definir la mejor forma de satisfacer el



interés general implicado en el contrato, sin que los operadores económicos o sus representantes puedan exigir una configuración de dicho objeto que les sea favorable. Consecuentemente, son aplicables los límites típicos de las potestades discrecionales, como son el respeto a los principios generales de la LCSP (especialmente, al principio igualdad de trato) y a lo dispuesto en el artículo 34.1 de la LCSP, que exige que el contenido del contrato se ajuste al interés público, al ordenamiento jurídico y al principio de buena administración (ver, por ejemplo, las Resoluciones 094/2019 y 138 y 186/2018 del OARC / KEAO). A este respecto, este OARC / KEAO considera que el principio de libertad de pactos (artículo 34.1 de la LCSP) ampara al poder adjudicador en la configuración de un contrato en el que, si bien no está concretado el número final de los puntos de control automático de accesos y su ubicación en el momento de la licitación, consta la relación unitaria de bienes y obras a ejecutar junto con una estimación del número de puntos y la previsión específica de que éstos se demandarán según las necesidades de la administración. En este sentido, resulta relevante que el recurso no contenga cuestión o argumento alguno que plantee por qué no es de aplicación al contrato impugnado la DA 33 o en qué no se ajusta la estructura de la obligación a esta disposición.

- 4) Los argumentos referidos al programa de trabajos han de decaer. Se trata éste de un documento que ha de redactar el contratista una vez adjudicado el contrato y tras firmarse el Acta de inicio de los trabajos correspondientes al Lote 2 Fase 1- Implantación. Este documento no altera la naturaleza del contrato ni desmiente la suficiencia del contenido de los pliegos, pues en todo caso fija la ejecución de los trabajos aplicando los precios unitarios por los que se ha adjudicado el contrato y dentro del presupuesto máximo ya fijado.

b) Sobre el presupuesto base de licitación (PBL)

Considera el recurrente que el PBL no se ha establecido de acuerdo a los precios del mercado, pues se ha determinado únicamente en base a la subvención que



la Administración ha obtenido de MITMA y únicamente repercute el 6 % del beneficio industrial, pero ningún coste directo o indirecto o gasto general. Este argumento no puede aceptarse por los siguientes motivos:

- 1) En relación con el mandato legal de que el PBL sea adecuado al mercado, este Órgano ha venido señalando (ver, por todas, sus Resoluciones 40/2023 y 167 y 191/2022) que el poder adjudicador dispone de un margen de discrecionalidad para determinarlo, y que corresponde a quien impugna dicha determinación la carga de probar, más allá de las vicisitudes del mercado, que bajo las condiciones económicas propuestas no cabe esperar una concurrencia suficiente y no está garantizada la correcta ejecución del contrato. El desglose de costes que pide el artículo 100.2 de la LCSP es un instrumento para cumplir este mandato, por lo que la prueba de la inadecuación del precio no se satisface con el mero reproche a las omisiones o a la metodología de dicho desglose teniendo en cuenta que tales cuestiones son irrelevantes, por sí solas, para el potencial licitador si no se acompañan de la acreditación de la insuficiencia del PBL (ver la Resolución 148/2021 del OARC / KEAO); téngase en cuenta que el operador económico es precisamente quien mejor conoce el desglose de los costes de sus productos y el mercado en el que opera, por lo que difícilmente puede invocar perjuicio alguno causado exclusivamente por las inexactitudes del desglose determinado por el poder adjudicador si, además, no impugna la suficiencia del PBL. Igualmente, se ha señalado que, más allá de que el citado artículo 100.2 pida que el desglose incluya ciertas partidas, no cabe exigir que se expongan pormenorizadamente todos y cada uno de los conceptos económicos que, a juicio del recurrente, afectan a la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 212/2021 del OARC / KEAO).
- 2) Consta en el expediente un documento denominado “Estudio económico” en el que se describe la forma en la que se ha calculado el PBL. Así, en lo relativo al Lote 1 “Dirección facultativa y control de calidad” consta que el cálculo del coste del Director/a de proyecto se ha efectuado conforme al Convenio Laboral de



la Construcción de Gipuzkoa, al que se le ha añadido un porcentaje del 10 % de gastos generales (oficina, transporte, etc.). Por lo que respecta a la Fase 1ª del Lote 2, se señala que la relación de precios unitarios se corresponde con los de otras licitaciones y / o adjudicaciones recientes similares en otras administraciones y el PBL correspondiente a la Fase 2ª de este mismo lote 2 se ha calculado teniendo en cuenta los salarios de doce meses de un equipo de mantenimiento y operación compuesto por un total de tres técnicos y un oficial y se ha añadido a dicha cantidad un importe en concepto de “Recursos materiales y otros” más el 6 % de beneficio industrial.

3) Frente a lo señalado en el apartado 2) anterior, las alegaciones de la recurrente no demuestran que el PBL sea insuficiente para garantizar la concurrencia y la adecuada ejecución del contrato por las siguientes razones:

- Se critica la indeterminación del PBL de la Fase 1ª del Lote 2. No obstante, como consta en el apartado a) anterior a éste, el sistema de determinación del precio de esta Fase es por precios unitarios según las necesidades de la administración para la instalación de un número estimado de 31 puntos de control, por lo que el importe de 1.336.428,22 € establecido en la cláusula 4.3 del cuadro de características opera como un importe máximo limitativo del compromiso económico de la Administración, de tal manera que si, dentro de la vigencia del contrato, las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación, siempre que en la documentación que rija la licitación se haya previsto la posibilidad de que pueda modificarse el contrato como consecuencia de tal circunstancia (DA 33 de la LCSP). Sin embargo, el recurrente no realiza ninguna objeción al importe máximo de ninguno de los precios que figuran en la relación del Anexo B2 del PCT, ni opone que el citado listado sea incompleto o insuficiente para la instalación de los puntos de control.



- El valor estimado es el importe total pagadero según las estimaciones del órgano de contratación sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido (artículo 101.1 LCSP). En su cálculo deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de otros conceptos que se expresan en la norma, los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, los que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial (artículo 101.2 LCSP). Estos conceptos figuran en el desglose de costes del Lote 1 donde al importe de los salarios se le añade el de los gastos generales y beneficio industrial (son los epígrafes “GG 10 %” y “BI 6,00 %”) y de la Fase 2ª del Lote 2 al importe de los salarios se le añade el cálculo de “Recursos Materiales y otros” que recoge un desglose de los costes de estructura (tales como suministros, mantenimiento, limpieza, local, vehículos, material de trabajo y repuestos), a lo que se añade el 6 % en concepto de Beneficio industrial. Queda por reiterar que al listado de los precios unitarios de la fase 1ª del Lote 2 no se opone argumento alguno.
- Finalmente, cabe resaltar que se han presentado un total de siete ofertas, lo cual es un claro indicio de que los operadores económicos no consideran inadecuado el precio contractual y evidencia que las condiciones propuestas por la Administración no han impedido la concurrencia. Asimismo, es significativo el hecho de que la propia recurrente ha presentado oferta al contrato, lo que resta credibilidad a su impugnación, pues ninguna empresa aspira a un negocio si no lo considera ventajoso (ver, en este sentido, ver, la Resolución 136/2022 de este OARC / KEAO y las que en ella se citan y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1/2/2018, número 28/2018, ECLI: ES: TSJPV:2018:916 y de 27/9/2018, número 284/2018, ECLI: ES:TSJPV:2018:2725).



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: Desestimar el recurso interpuesto por TEVASEÑAL, S.A. frente a los pliegos del contrato de “Suministro, implantación, puesta en marcha, operación y mantenimiento de un sistema integral para el establecimiento de una zona de bajas emisiones en Donostia”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia - San Sebastián.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por la Resolución B-BN 016/2023, de 29 de marzo de este Órgano.

CUARTO: 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, 2023ko apirilaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de abril de 2023