



EB 2018/076

Resolución 108/2018, de 17 de septiembre de 2018, 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 AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, S.A. contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del Acuerdo Marco de “suministro, instalación y configuración de diverso material informático en centros educativos y de apoyo públicos dependientes del Departamento de Educación así como en centros concertados, Lote 1”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de junio de 2018, AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, S.A. (en adelante, ACISA) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del Acuerdo Marco de “suministro, instalación y configuración de diverso material informático en centros educativos y de apoyo públicos dependientes del Departamento de Educación así como en centros concertados, Lote 1”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 22 de junio de 2018, este OARC/KEAO ha recibido la copia del expediente de contratación junto con 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, el 9 de julio de 2018.



TERCERO: Traslado el recurso a los interesados con fecha 12 de julio de 2017, no se han recibido alegaciones.

CUARTO: Por la Resolución B-BN 15/2018, de 11 de julio de 2018, este OARC/KEAO acordó estimar la petición de la medida provisional solicitada ACISA y, por consiguiente, acordar la suspensión del procedimiento de adjudicación exclusivamente en lo que respecta al Lote 1.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legislación aplicable

Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en+ vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 15 de diciembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el día 4 de junio de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.



SEGUNDO: Legitimación y representación

La empresa recurrente goza de legitimación por haber participado en el procedimiento de adjudicación del acuerdo marco y verse perjudicada por la decisión recurrida y consta en el expediente la representación de don M.C.M., para actuar en su nombre.

TERCERO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 b) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los acuerdo marco que tienen por objeto la celebración de contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.b) de la LCSP son actos impugnables los acuerdos de exclusión de ofertas.

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 LCSP).

SÉPTIMO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:



- a) El procedimiento adoptado por la Mesa de contrataci3n ha contrariado lo previsto en la cl1usula 21.3 del Pliego de cl1usulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y ha omitido un tr1mite esencial del procedimiento como es la solicitud de documentaci3n a las seis primeras empresas del orden de clasificaci3n al objeto de que acrediten de que disponen de la capacidad y solvencia requerida, requiriendo la aportaci3n de equipos de muestra sin cumplir con el tr1mite de la citada cl1usula 21.3 del PCAP.
- b) Tal y como se deriva de los documentos aportados junto con el recurso, la recurrente ha actuado de una manera diligente y ha solicitado inmediatamente al fabricante la muestra correspondiente, si bien por causas ajenas a ella y debido a que la Administraci3n ha alterado el procedimiento previsto, ha dispuesto de menor plazo para obtener y entregar las muestras. Esta infracci3n supone la nulidad de lo actuado.
- c) La pretensi3n del recurso consiste la anulaci3n de la exclusi3n y la retroacci3n de la adjudicaci3n del acuerdo marco al momento de solicitud de presentaci3n de documentaci3n por las empresas licitadoras seleccionadas.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimaci3n del recurso con los siguientes argumentos:

- a) La cl1usula 21.6 del PCAP establece que a las empresas licitadoras que hayan realizado las seis ofertas m1s ventajosas se les exigirá la entrega de una muestra en un lugar indicado por la Comisi3n Central de Contrataci3n, en un plazo no superior a 5 d1as h1biles. Su finalidad es la de verificar que se han cumplido las especificaciones t1cnicas exigidas. Esta solicitud se efectu3 a ACISA el 12 de abril de 2018 no presentando muestra alguna para el Lote 1 en dicho plazo (si present3 muestra en plazo para los lotes 5 y 6), por los que se propuso su exclusi3n.



- b) La solicitud de muestra debe enmarcarse como un antecedente de los trámites previos a la adjudicación del contrato del artículo 151.2 del TRLCSP, que el PCAP incorpora en la cláusula 21.6.
- c) La propia empresa ha entregado en el mismo plazo las muestras correspondientes a los lotes 5 y 6 por lo que la alegación de que el plazo es muy breve debe ser desestimada; plazo que era conocido por todos los licitadores.
- d) El órgano de contratación no ha omitido el trámite previsto en la cláusula 21.3 del PCAP porque todavía no hay propuesta de adjudicación del acuerdo marco.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de la cuestión planteada debe partir del examen del procedimiento diseñado en el PCAP del Acuerdo marco para la selección de las ofertas económicamente más ventajosas, en concreto, del contenido de su cláusula 21, que dispone:

21.-CLASIFICACIÓN DE LAS OFERTAS Y SELECCIÓN DE LAS OFERTAS ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSAS. PRESENTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN POR LAS EMPRESAS LICITADORAS SELECCIONADAS PARA LA ADJUDICACIÓN.

21.1.-La mesa de contratación clasificará las ofertas por orden decreciente de puntuación y determinará cuales son las seis ofertas económicamente más ventajosas en cada lote del acuerdo marco.

(...)

21.3.- A continuación, la mesa de contratación **requerirá a las empresas licitadoras que hayan presentado la seis ofertas económicamente más ventajosas para que en el plazo de cinco (5) días hábiles** aporten los documentos que acrediten que dispone de la capacidad y solvencia requerida de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 15 de este pliego y que la empresa declaró disponer en el momento de presentar su oferta o, en su caso, el sobre A mediante el DEUC, salvo aquellos documentos que se hayan aportado previamente durante el procedimiento a requerimiento de la Administración con el fin de garantizar su buen desarrollo.

(...)



21.6-Presentación de muestras.

A las empresas licitadoras que hayan realizado las seis ofertas más ventajosas en cada lote del Acuerdo Marco, y a las empresas que hayan realizado la oferta más ventajosa en un contrato derivado se les exigirá la entrega de una muestra, en un lugar indicado por la Mesa de Contratación, en un plazo no superior a 5 días hábiles.

Dicha muestra será analizada con objeto de verificar que cumple tanto los requisitos mínimos fijados en el Pliego de Bases Técnicas, así como las especificaciones técnicas ofertadas por la empresa licitadora.

Será motivo de exclusión tanto el no atender al plazo de requerimiento de entrega del equipo al Departamento en 5 días hábiles como el no cumplir el equipo con las características técnicas mejoradas ofrecidas por la empresa licitadora y las requeridas como requisitos mínimos en el Pliego de Bases Técnicas. **La muestra no podrá ser objeto de subsanación.**

En resumen, tras valorarse las ofertas de los licitadores y comprobado, en su caso, si las ofertas admitidas rebasan los parámetros objetivos establecidos para apreciar el carácter anormal o desproporcionado y, si alguna los rebasa, tramitado el procedimiento incidental oportuno (cláusula 20 del PCAP), la Mesa de contratación clasifica las ofertas por orden decreciente de puntuación y determina cuales son las seis ofertas económicamente más ventajosas. El recurrente considera que el trámite posterior a esta determinación debe ser el de solicitar a los licitadores seleccionados los documentos acreditativos de su capacidad y solvencia, y lo justifica en la ubicación sistemática de la cláusula 21.3 del PCAP (después del acuerdo de selección de las seis ofertas económicamente más ventajosas) y en que al inicio de dicha cláusula figura el conector “a continuación”. Por el contrario, el poder adjudicador considera que debe ser el requerimiento de la muestra.

a) Sobre la necesidad de que los trámites sean sucesivos

A juicio de este OARC/KEAO, la cláusula 21 del PCAP no establece la obligatoriedad de una sucesión de trámites concretos de tal manera que no se pueda alterar el orden de los establecidos o se excluya la posibilidad de practicarlos de forma paralela. Por el contrario, de la dicción literal de ambas cláusulas se desprende que ambos requerimientos se realizan después de



determinar las seis ofertas económicamente más ventajosas en cada lote; la cláusula 21.3 dispone que “a continuación” (se entiende que de la determinación de las seis ofertas económicamente más ventajosas en cada lote, se solicitará la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia), mientras que la cláusula 21.6 expresamente dispone que la muestra se solicitará “A las empresas licitadoras que hayan realizado las seis ofertas más ventajosas en cada lote del Acuerdo Marco(...)”, sin que exista ninguna previsión de que una actuación condicione o determine la segunda. Por otra parte, si se atiende a la finalidad de los dos requerimientos de documentación se llega a la misma conclusión, pues la aportación de la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia debe enmarcarse como un antecedente de los trámites previos a la adjudicación del contrato del artículo 150.2 de la LCSP, mientras que la solicitud de muestra tiene como finalidad la de comprobar físicamente que el equipo ofertado cumple tanto los requisitos mínimos fijados en el Pliego de Bases Técnicas, así como las especificaciones técnicas ofertadas por la empresa licitadora, se entiende que con el objeto de asegurarse una correcta adjudicación del contrato. Del resultado del examen y calificación de ambos requerimientos resultará el listado de las licitadoras seleccionadas para la adjudicación, por lo que los es indiferente el orden en el que se realicen los requerimientos.

La alegación de la recurrente de que, de haberse solicitado en primer lugar la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia hubiera dispuesto del tiempo suficiente para la presentación de la muestra viene a corroborar que no ha obrado con la diligencia solicitada por la cláusula 21.6 del PCAP, que prevé un plazo de presentación de muestras no superior a 5 días hábiles a partir de cualquier momento posterior a la determinación de las seis ofertas más ventajosas en cada lote del Acuerdo Marco (que se efectuó el 9 de abril de 2018) y que, en realidad, está intentando prorrogar dicho plazo máximo.

a) Sobre la brevedad del plazo de entrega de las muestras



Tampoco puede prosperar la alegación de que el plazo de entrega de la muestra era breve. Téngase en cuenta que el PCAP, que fue aceptado por la recurrente al presentar su oferta, fija un plazo máximo de presentación de la muestra (la mesa de contratación podría haber acortado este plazo) y, según se expresa en la citada cláusula 21.6 del PCAP, su incumplimiento da lugar a la exclusión de la oferta. Además, la oferta de la recurrente fue seleccionada como una de las económicamente más ventajosas para el lote 1, 5 y 6 y, efectuándose el requerimiento de muestras de los bienes ofertados para dichos lotes por notificación telemática el 13 de abril de 2018, las de los lotes 5 y 6 fueron presentadas en plazo, de lo que se deduce que era perfectamente posible su cumplimiento en el plazo concedido al efecto.

Consecuentemente, el recurso debe ser desestimado, pues la Mesa de contratación se ha ajustado al procedimiento previsto en la cláusula 21 del PCAP y no se aprecia indefensión en el plazo conferido por la Mesa de contratación al objeto de presentar la muestra del producto ofertado.

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 especial en materia de contratación interpuesto por AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, S.A. contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del Acuerdo Marco de “suministro, instalación y configuración de diverso material informático en centros educativos y de apoyo públicos dependientes del



Departamento de Educación así como en centros concertados, Lote 1", promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por la Resolución B-BN 15/2018, de 11 de julio de 2018, de este OARC/KEAO.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

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

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko irailaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de septiembre de 2018