



EB 2018/077

Resolución 109/2018, 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. en el 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, Lotes 5 y 6”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de junio de 2018, AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, S.A. (en adelante, ACISA) interpuso un recurso especial en materia de contratación en el 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, Lotes 5 y 6”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 25 de junio de 2018 y reiterada la solicitud del expediente con fecha 6 de julio, 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 17 de julio de 2017, no se han recibido alegaciones.

CUARTO: Por la Resolución B-BN 17/2018, de 23 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 a los Lotes 5 y 6.

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 regirán 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 admisión 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) La Comisi3n Central de Contrataci3n en su sesi3n de fecha 4 de junio de 2018 acord3 excluir de los Lote 5 y 6 la oferta de SODITEC y requerir a la empresa TKT Servicios Inform3ticos, S.L. en el lote 5 y a la empresa Montte en el Lote 6 para que presentaran una muestra de sus productos, y que fueron, finalmente, propuestas como adjudicatarias del acuerdo marco junto con las cinco empresas determinadas con anterioridad, el fecha 18 de junio.

b) El PCAP no prev3 la posibilidad de ampliar el n3mero de empresas a las que solicitar muestra. La cl3usula 21.3 prev3 la posibilidad de ampliar el n3mero de empresas exclusivamente para el caso de que alguna de las seis seleccionadas no subsane la defectuosa presentaci3n de los documentos acreditativos de su capacidad y solvencia, pero no recoge esta posibilidad en el caso de que las muestras no sean correctas. Consecuentemente, resulta contraria a las previsiones de los pliegos la actuaci3n llevada a cabo por el 3rgano de contrataci3n.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) La cl3usula 8 del PCAP establece que se seleccionar3 un m3ximo de seis operadores econ3micos por lote.

b) En los acuerdos de la Comisi3n Central de Contrataci3n se indica que las empresas propuestas como adjudicatarias lo ser3n siempre y cuando las muestras presentadas cumplan con los requisitos exigidos en el PPT y con lo presentado en su oferta. La exclusi3n de las licitadoras que no presentan muestra v3lida o no la presenten conlleva autom3ticamente que la siguiente licitadora del lote que haya obtenido la siguiente m3xima puntuaci3n pase a ser una de las 6 mejores clasificadas.



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La única cuestión planteada en el recurso es la de dilucidar si contraviene el PCAP el proponer como adjudicataria de uno de los lotes en los que se divide el acuerdo marco a la empresa clasificada en séptimo lugar en el orden de clasificación en el caso de que una de las seis ofertas clasificadas como las económicamente más ventajosas sea excluida por presentar una muestra que no cumple, bien con los requisitos técnicos mínimos establecidos en el PPT, bien con las especificaciones técnicas ofertadas.

a) Análisis del acuerdo marco

El análisis de la cuestión planteada debe partir de las cláusulas del PCAP que describen el procedimiento que va a seguir el poder adjudicador en orden a la adjudicación de los diversos lotes en los que se divide el acuerdo marco, comenzando por la cláusula 8:

II.PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE LOS ADJUDICATARIOS DEL ACUERDO MARCO

8.-PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

(...)

A través del procedimiento se seleccionará un máximo de SEIS operadores económicos por lote, de acuerdo con los criterios de valoración que se establecen en este pliego.

Por su parte, la cláusula 21 del PCAP, en lo que a la cuestión planteada en el recurso interesa, dispone lo siguiente:

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.
(...)

Transcurrido ese plazo, la mesa de contratación se reunirá para calificar los documentos, en su caso aportados, y:

- a) Si se han presentado dentro de plazo de manera correcta, acordará y elevará la propuesta de adjudicación al órgano de contratación.
- b) Si no se han presentado dentro de plazo o presentan defectos u omisiones, acordará conceder un plazo no superior a tres (3) días hábiles para que aporte la documentación necesaria para subsanar el defecto o la omisión. En este caso, se reunirá de nuevo para calificar la documentación aportada en orden a subsanar o completar la documentación. Si la licitadora:
 - subsana, acordará y elevará la propuesta de adjudicación al órgano de contratación.
 - no subsana, acordará su exclusión y efectuará las mismas actuaciones recogidas en esta cláusula respecto a la licitadora cuya oferta está clasificada en la posición siguiente.

21.4.- La mesa de contratación podrá recabar de la empresa aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios.

21.5.- La identificación por parte de la mesa de contratación de la proposición económicamente más ventajosa no genera derecho alguno a favor de la licitadora seleccionada frente a la Administración.

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.**



Por su parte, la cláusula 22 del PCAP, en relación con el cumplimiento de los requisitos previos a la adjudicación por las ofertas seleccionadas como las económicamente más ventajosas, señala lo siguiente:

22.-PRESENTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN POR LAS EMPRESAS LICITADORAS SELECCIONADAS PARA LA ADJUDICACIÓN

(...)

22.2.- Acreditados los requisitos de capacidad y solvencia de conformidad con la cláusula anterior, la licitadora que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, será requerida por el órgano de contratación para que en el plazo de diez (10) días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación acreditativa de las siguientes circunstancias:

- a) Hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.
- b) Haber constituido la garantía definitiva y, en el caso de que sea exigida carátula del contrato derivado, la garantía complementaria correspondiente.
- c) Haber satisfecho el importe de los anuncios oficiales.
- d) Cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato que le reclame el órgano de contratación.

(...)

22.8.- De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que la licitadora ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación a la licitadora siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas.

b) Determinación de las ofertas económicamente más ventajosas

En resumen, el PCAP prevé que 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 clasifique las ofertas por orden decreciente de puntuación y determine cuáles son las seis ofertas económicamente más ventajosas. Como se ha indicado en la Resolución 108/2018 de este OARC/KEAO en relación a otro recurso interpuesto por la misma mercantil ahora recurrente contra la exclusión de su oferta del Lote 1 de



este mismo acuerdo marco, no existe un orden preestablecido para efectuar el requerimiento de la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia (cláusula 21.3 del PCAP) y el requerimiento de la muestra (cláusula 21.6 del PCAP), pudiendo efectuarse de forma sucesiva, en cualquier orden, o de forma paralela. En relación con estos trámites dichas cláusulas prevén la exclusión de la oferta si la documentación acreditativa de la capacidad o solvencia requerida o la muestra no es aportada en plazo o si la presentada no se corresponde con las declaraciones responsables efectuadas o con lo ofertado, obedeciendo esta descripción del procedimiento a lo dispuesto en el artículo 146.4 del TRLCSP conforme al cual En todo caso el órgano de contratación, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato. No hace falta que el PCAP contenga una cláusula en la que se explicita la posibilidad de poder acudir a requerir la acreditación de la capacidad, solvencia y muestra a la oferta siguiente en el orden de clasificación para el supuesto de incumplimiento de una de las primeras seis licitadoras mejor posicionadas porque este orden estará abierto hasta que se procedan a efectuar las verificaciones relacionadas en la cláusula 21 del PCAP y, como consecuencia de ello, la Mesa de contratación fije el orden de clasificación definitivo y acuerde requerir a las finalmente resultantes como las seis ofertas mejor posicionadas la cumplimentación del trámite de la cláusula 22 del PCAP. Dicho en otras palabras, se trata de adjudicar el contrato marco conforme a los criterios de selección y adjudicación establecidos hasta a un máximo de seis ofertas por lo que, excluida del procedimiento una de las primeramente seis seleccionadas, nada impide a la Mesa de contratación, después de rechazada la oferta por las causas anteriormente indicadas, efectuar una nueva propuesta de adjudicación con las que finalmente son las seis ofertas económicamente más ventajosas. De hecho, en el acuerdo marco definitivo, el orden de clasificación definitivo es el que figura en el acta de la Comisión Central de Contratación de fecha 18 de junio de 2018 y en la misma figuran como empresas propuestas como adjudicatarias del lote 5 en sexto lugar la empresa TKT Servicios informáticos y en el lote 6 en sexto lugar la empresa Montte.



La cláusula 22 del PCAP contiene una regulación sustancialmente similar a la contenida en el artículo 151.2 del TRLCSP en cuanto al requerimiento de la acreditación de determinados requisitos previos y, en particular en lo concerniente al plazo a conceder en el requerimiento, documentación que se debe presentar y, en especial, consecuencias de su incumplimiento, respecto a la cual la cláusula 22.3 con una redacción sustancialmente idéntica a la del artículo 151.2 del TRLCSP, que dispone que De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que la licitadora ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación a la licitadora siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas. Téngase en cuenta que conforme al artículo 160.2 del TRLCSP la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración y que por ello, habida cuenta que el procedimiento de selección de la oferta económicamente más ventajosa no ha finalizado con la adjudicación del contrato, nada impide a la Mesa de contratación, incluso después de haberse efectuado el trámite del artículo 151.2 del TRLCSP, efectuar una nueva propuesta de adjudicación si se verifica la concurrencia de cualquier circunstancia de la que se derive la inaceptabilidad de la oferta o la del licitador.

c) Conclusión

El recurrente realiza una interpretación literal, rigorista y formalista de esta última cláusula 22.8 del PCAP que no concuerda con el resto de las cláusulas del PCAP ni con el procedimiento abierto regulado en el TRLCSP, a cuyas normas se ha de ajustar la celebración de este acuerdo marco (cláusula 8 del PCAP), y, conforme a las cuales la acreditación de los requisitos de aptitud y verificación del bien ofertado se puede efectuar en cualquier momento anterior a la adjudicación, ni con la obligación contenida en el art. 1 del TRLCSP de salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Téngase en cuenta que mediante el acuerdo marco se cierra el mercado de la compra de dichos productos durante un periodo de tiempo (en este caso durante dos años susceptible de dos prórrogas de un año cada una de ellas) al resto de operadores económicos que no sean



los licitadores seleccionados, por lo que es congruente con la finalidad del acuerdo marco que se analiza que se adjudique hasta el máximo de seis ofertas previsto en su cláusula 8.

Consecuentemente, el recurso debe ser desestimado, pues la Mesa de contratación se ha ajustado al procedimiento previsto en el PCAP y en el TRLCSP.

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. en el 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, Lotes 5 y 6”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por la Resolución 17/2018, de 23 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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko irailaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de septiembre de 2018