



EB 2015/123

Resolución 126/2015, de 13 de noviembre de 2015, del 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 AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, S.A, frente a su exclusión del contrato de “suministro, entrega e instalación de sistemas de aula digital para aulas de 5º y 6º de primaria y 1º, 2º, 3º y 4º de ESO y aulas de BACHILLERATO y ciclos formativos tanto de grado medio como de grado superior de centros públicos dependientes del Departamento de Educación, Política lingüística y Cultura”, tramitado por la Administración General del País Vasco.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 14 de octubre de 2015 tuvo 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) un recurso especial interpuesto por Don A. F.R. frente a la exclusión de la empresa AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, S.A. (en adelante, ACISA) de la licitación del contrato de “suministro, entrega e instalación de sistemas de aula digital para aulas de 5º y 6º de primaria y 1º, 2º, 3º y 4º de ESO y aulas de BACHILLERATO y ciclos formativos tanto de grado medio como de grado superior de centros públicos dependientes del Departamento de Educación, Política lingüística y Cultura”.

SEGUNDO: El mismo día de su entrada el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador. El expediente del contrato y el informe al que se refiere el



artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) han tenido entrada el día 27 de octubre de 2015.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 28.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2005, el día 3 de noviembre de 2015 se ha solicitado al poder adjudicador que complete el expediente con la documentación del sobre “B” de ACISA, prevista en el apartado 30.2.1 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

TERCERO: Mediante Resolución B-BN 23/2015, de 28 de octubre, el OARC / KEAO ha acordado estimar la petición de medida cautelar de suspensión del procedimiento, solicitada por el recurrente.

CUARTO: Solicitadas alegaciones a los interesados, se han recibido las de XENON COMPUTER, S.L. (en adelante, XENON).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación de los recurrentes y la representación de Don A. F.R. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada (artículo 15 del TRLCSP). El contrato recurrido tiene un valor estimado de 479.008,26 €.

TERCERO: El artículo 40.2 b) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial «Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán



actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.»

El acto recurrido es el acuerdo adoptado el 24 de septiembre de 2015 por la Mesa de contratación que resuelve no admitir la proposición presentada por el recurrente por no cumplir el Pliego de Bases Técnicas (en adelante, PBT).

CUARTO: El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: 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, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) Afirma ACISA que de la notificación del acuerdo de la Mesa de contratación se deriva que el único motivo de exclusión es que el videoprojector ofertado no cumple con el nivel máximo de ruido permitido, sin que se conozca en base a que documentación o fuente se afirma.

El apartado 2. del PBT, en lo que a videoprojectores se refiere, exige que el nivel de ruido, en modo económico, sea inferior a 29 decibelios. Sostiene el recurrente que en la página 8 de la Memoria Técnica se presentó la ficha técnica del modelo OPTOMA X316ST, donde se puede comprobar que el nivel de ruido previsto para el proyector es de 28 decibelios en modo económico, igualmente presentan una declaración del fabricante que acredita el cumplimiento de las características exigidas en el PBT.

b) Denuncia la falta de motivación de acuerdo de la Mesa de contratación, que no tiene en cuenta el valor de 28 decibelios indicado en la oferta y lo “estima” en 29 decibelios, sin aportar o motivar el criterio por el que se considera este valor.

Reproduce el apartado 28.2 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y manifiesta que si existían



dudas sobre las características de los equipos se debió requerir a la empresa y no acordar sin más su exclusión en base a datos erróneos sobre el nivel de ruidos del equipo ofertado, que desconocen de qué fuente provienen. En su apoyo cita y reproduce la Resolución 064/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC).

c) Solicita se acuerde la anulación del acuerdo de la Mesa de contratación y la continuidad de ACISA en el proceso de licitación.

SÉPTIMO: El poder adjudicador, en su informe al recurso, argumenta que:

a) En el apartado 2 del PBT se exigía que el videoprojector tuviera un ruido de menos de 29 decibelios en modo económico. El videoprojector propuesto por ACISA, según las especificaciones del fabricante, producía un ruido de 29 dB en modo económico, y en el PBT se exigía que dicho ruido fuese menor de 29 dB.

Indica que el recurrente alega que su nivel de ruido corresponde a 28 dB en modo económico y aporta, para ello, una declaración de OPTOMA, que dice que para el expediente SU/22/15 el videoprojector OPTOMA X316ST cumple todos los requerimientos indicados en el PBT y en concreto con el requerimiento del ruido.

b) Sobre la motivación de la exclusión, pone de manifiesto que está correctamente expresada ya que se indica que se le ha excluido porque las especificaciones del fabricante –aporta el informe al recurso 4 link del fabricante– acreditan que el videoprojector mencionado tiene 29 decibelios en modo económico, por lo que el licitador conoce de dónde ha extraído la administración esa información ya que en el acuerdo de exclusión se indica “según especificaciones técnicas del fabricante”.

Añade que incluso en la hipótesis de que el recurrente fuera admitido, en ningún caso su oferta económica sería la más ventajosa. También alega que



por el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores, si se readmitiese la oferta ACISA se deberían admitir la de los licitadores que presentaron el mismo equipo y quedaron excluidos, en cuyo caso quedarían en cuarto lugar. En su apoyo cita la Resolución 17/2015 del este OARC / KEAO.

c) Solicita que se confirme la exclusión del recurrente y que se le imponga una multa de 2.000 euros por interponer un recurso temerario.

OCTAVO: XENON en sus alegaciones afirma:

a) Que ACISA ha sido excluida porque el proyector OPTOMA X316ST no cumple los niveles acústicos requeridos en el expediente, tal y como se acredita en la Web del fabricante para España y para USA, que marca un nivel de ruido de 29 dB, cuando en el pliego se requería que fuese menor a ese nivel.

b) Que el recurrente aporta una documentación firmada por el manager de OPTOMA Iberia que contradice los documentos publicados por el fabricante en su página Web.

c) Que la admisión de ACISA a la licitación no implica que su oferta se sitúe como la más ventajosa económicamente, ya que realizadas las valoraciones quedaría en tercera posición.

d) Que si además se aceptaran las ofertas de los demás licitadores que también ofertaron el proyector OPTOMA X316ST, el recurrente ocuparía la cuarta posición en cuanto a ofertas más ventajosas.

e) Que XENON fue reconocido adjudicatario en la Resolución de 16 de octubre de 2015, en la que se manifiesta de forma textual que «el plazo máximo de ejecución del contrato no podrá ser superior a 50 días naturales a partir del día siguiente a la formación del contrato, ni exceder del 22 de diciembre de 2015 para la primera fase del contrato», motivo por el cual realizaron todas las gestiones necesarias para adquirir el material necesario para poner en marcha el proceso, y de esta forma satisfacer dichos requisitos del vencimiento. Además



la parte material de equipamiento corresponde a un 90% del valor del expediente, que ya empiezan a disponer almacenado y que conlleva unos costes por mantenerlo custodiado. A ello, debe añadirse unas obligaciones de pago con proveedores que empiezan a transcurrir en el momento de recepcionar los bienes.

f) Solicitan la resolución del recurso a la mayor celeridad.

NOVENO: El apartado 2 “características mínimas técnicas” del PBT prevé que el videoprojector tendrá un nivel de ruido “<29dB (en modo económico)”.

Ambas partes discrepan sobre el nivel de ruido del equipo videoprojector OPTOMA X316ST. Así, mientras el recurrente afirma que es de 28dB, el poder adjudicador lo eleva a 29dB; dato que provoca la exclusión de la oferta por incumplimiento de uno de los requisitos de “características mínimas técnicas” del PBT.

El apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP prevé que en el sobre “B”, además de la plantilla de la oferta económica, deberá presentarse, entre otras, la siguiente documentación: «-Ficha técnica con las características técnicas de los elementos que componen el sistema de aula digital que están reflejadas en el PBT y cualquier otra documentación acreditativa que certifique el cumplimiento, al menos, de todas las características mínimas exigidas.»

Del contenido del párrafo reproducido se infiere que las “características mínimas técnicas” del PBT deben acreditarse a través de una ficha técnica y cualquier otra documentación acreditativa de su cumplimiento.

La propuesta técnica del sobre “B” de la oferta de ACISA, en su apartado 3- “proyector” (página 8 de la propuesta), contiene una ficha técnica sobre el “Proyector OPTOMA modelo X316ST” que, entre otra información, dice tener un “Nivel de ruido: 28 dB (en modo económico)”.



Por el contrario, el expediente remitido inicialmente por el poder adjudicador incluye un documento (folio 216) denominado “X316ST Specification” en el que de manera expresa se indica que el nivel sonoro en modo económico es de 29 dB. Según el índice del expediente este documento se encuentra dentro de la “ficha técnica del videoproector OPTOMA X316ST extraído de la página Web del fabricante OPTOMA: español e inglés USA (ver apartado ruido=29 decibelios) folios 213 a 219”, de donde se deduce que el poder adjudicador ha contrastado la información de la oferta del licitador con la del fabricante del equipo obtenida de su página Web. Este dato se corrobora en el informe al recurso que aporta hasta 4 link que aseveran esa información.

El poder adjudicador ha determinado en el apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP que para acreditar el nivel de ruido en modo económico del equipo propuesto basta con aportar una ficha técnica y cualquier otra documentación que certifique el cumplimiento de las características mínimas exigidas; y eso es exactamente lo que ha hecho ACISA en su oferta, presentar una ficha técnica del fabricante OPTOMA sobre su modelo X316ST, sin que la información extraída de una página Web, aunque sea del propio fabricante, sea suficiente para descalificar aquello que se ha acreditado en la forma en que el poder adjudicador ha previsto en los pliegos.

Con todo, si el poder adjudicador albergaba dudas sobre el nivel de ruido, bien pudo haber solicitado una aclaración de la oferta, tal y como manifiesta la doctrina del Tribunal de Primera Instancia, Asunto T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión –jurisprudencia citada en la Resoluciones 6/2011 y 10/2011 de este OARC / KEAO y en la Resolución 64/2012 del TACRC–, sin que tales aclaraciones hubieran supuesto el inicio de negociación alguna, expresamente prohibida en los procedimientos abiertos por el artículo 157 del TRLCSP. Sin embargo, el poder adjudicador optó por la medida más drástica de excluir la oferta sin pedir aclaraciones.

Además, como recuerda el recurrente, el apartado 28.2 de la carátula del PCAP prevé que:



«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.

A este respecto, a la empresa licitadora que haya hecho la oferta económica más ventajosa se le podrá exigir la disposición de un equipo de muestra que cumpla con todos los requisitos exigidos en el Pliego de Bases Técnicas y con los que ha ofertado para que pueda ser entregado a la Mesa de Contratación del Departamento para su análisis, en caso de requerimiento, en un plazo no superior a 48 horas.

La Mesa de Contratación podrá verificar que las muestras cumplen las especificaciones establecidas en el Pliego de Bases Técnicas.

Será motivo de exclusión tanto el no atender al plazo de requerimiento de entrega del equipo al Departamento en 48 horas como el no cumplir el sistema de aula digital con las características técnicas mejoradas ofrecidas por el licitador y las requeridas como requisitos mínimos en el Pliego de Bases Técnicas.»

A tenor del apartado reproducido, el poder adjudicador se reserva en todo caso la opción de exigir al licitador que ha hecho la oferta más ventajosa que ponga a su disposición un equipo de muestra que cumpla con todos los requisitos exigidos en el PBT, siendo motivo de exclusión que el equipo entregado como muestra no cumpla con los requisitos mínimos del PBT. Esta previsión únicamente puede entenderse como una cautela de garantía del cumplimiento de dicho pliego, que se ejerce examinando que una muestra del equipo cumple con las exigencias técnicas.

En consecuencia, se debe estimar la impugnación del recurrente y admitir su oferta a la licitación puesto que cumple con el requisito de que en la ficha técnica se incluye información sobre las características técnicas mínimas exigidas en el PBT, y concretamente el nivel de ruido en modo económico del equipo OPTOMA modelo X316ST es inferior a 29dB.



De acuerdo con el principio de congruencia del artículo 47.2 del TRLCSP el contenido de esta Resolución afectará únicamente a la oferta presentada por ACISA.

DÉCIMO: El poder adjudicador en su informe al recurso solicita la imposición de una multa de 2.000 € aduciendo que ni en el caso de estimarse el recurso ACISA podría ser adjudicatario del contrato.

En primer lugar, el artículo 47.5 del TRLCSP prevé la imposición de multas de entre 1.000 y 15.000 € en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. El poder adjudicador solicita la imposición de una multa, e incluso propone su importe, pero no justifica perjuicio económico causado.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el recurso es contra la exclusión de la licitación, y que el sentido de la Resolución es estimatorio de las pretensiones del recurrente, por lo que no puede apreciarse mala fe en la presentación del recurso.

UNDÉCIMO: XENON en sus alegaciones señala que al ser reconocido adjudicatario en la Resolución de 16 de octubre de 2015 ha realizado determinadas gestiones para adquirir el material necesario para poner en marcha la entrega de los equipos, lo cual le está ocasionando obligaciones con sus proveedores y gastos de almacenamiento y custodia de los bienes.

Se debe indicar a este respecto que de acuerdo con el artículo 160.2 del TRLCSP «la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. (...)» y que según el artículo 27.1 del propio texto refundido «los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización » Además, tal y como establece el párrafo primero del artículo 156.3 del TRLCSP «si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 40.1, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos (...)».



En definitiva, la adjudicación del contrato es un acto de trámite que no produce derecho alguno sino una expectativa en el licitador que ocupa el primer puesto en el orden de clasificación. La adjudicación del contrato y la remisión de su notificación a los licitadores desencadenan el inicio del plazo de quince días hábiles durante los cuales el acto puede ser recurrido. Únicamente la formalización del contrato, transcurrido el plazo de espera o resuelto en su caso el recurso especial, otorga al adjudicatario los derechos y obligaciones propios de un contrato.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso interpuesto AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, S.A, frente a su exclusión del contrato de “suministro, entrega e instalación de sistemas de aula digital para aulas de 5º y 6º de primaria y 1º, 2º, 3º y 4º de ESO y aulas de BACHILLERATO y ciclos formativos tanto de grado medio como de grado superior de centros públicos dependientes del Departamento de Educación, Política lingüística y Cultura”, tramitado por la Administración General del País Vasco, ordenando la retroacción de las actuaciones hasta la admisión de la oferta a la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por Resolución B-BN 23/2015, de 28 de octubre de 2015.

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



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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

Vitoria-Gasteiz, 2015eko azaroaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de noviembre de 2015