



EB 2023/115

Resolución 177/2023, de 4 de octubre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ORION PROYECTOS, S.L. contra la exclusión de su oferta en la licitación del contrato de “Suministro de instalación fotovoltaica de autoconsumo individual sin excedentes para el polideportivo Elorsoro”, tramitado por el Ayuntamiento de Oiartzun.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 30 de mayo de 2023 se presentó 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 la empresa ORION PROYECTOS, S.L. (en lo sucesivo, ORION) contra la exclusión de su oferta en la licitación del contrato de “Suministro de instalación fotovoltaica de autoconsumo individual sin excedentes para el polideportivo Elorsoro”, tramitado por el Ayuntamiento de Oiartzun.

SEGUNDO: El día 31 del mismo mes se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación y 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 el 2 de junio.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 6 de junio, no se ha recibido alegación alguna.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de P.J.E.G., 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 cien mil euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que los acuerdos de exclusión podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Oiartzun tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) En ninguno de los documentos contractuales se exige que los módulos fotovoltaicos ofertados deban cumplir con las características recogidas en la ficha técnica del Proyecto. Sólo en el presupuesto del proyecto existe una referencia expresa las características mínimas que deben cumplir los módulos fotovoltaicos en lo relativo a la potencia y la eficacia. Es decir, no hay referencia alguna a las garantías (del producto, ni de producción), ni tampoco que las fichas técnicas aportadas deban contener un panel de rendimiento referido al período de garantía de producción. Al respecto, ha de señalarse que la única referencia a dichas garantías y al panel de rendimiento está en la ficha técnica del módulo concreto del Proyecto, que no es más que la ficha técnica de una marca concreta, no de una ficha tipo de módulos fotovoltaicos. Tampoco debe olvidarse que se permite presentar “modelos alternativos” al utilizado como modelo en el proyecto. En definitiva, queda patente que los documentos contractuales no son claros a la hora de delimitar qué características técnicas han de cumplir los módulos fotovoltaicos, de forma que 7 de los 10 licitadores han sido excluidos por no ofrecer garantía de 30 años y no aportar el rendimiento del panel en ese periodo.
- b) En la presente licitación el poder adjudicador, además de no haber justificado la imposibilidad de llevar a cabo una definición precisa e inteligible de los módulos, no define el alcance de las equivalencias permitidas o de las prescripciones técnicas a las que se aplicarán dichas equivalencias, salvo en lo que se refiere a la potencia y eficiencia. Ha de tenerse en cuenta, además, que la media de la duración de las garantías de producción de módulos fotovoltaicos en el mercado ronda los 25 años.
- c) Por todo ello, y dada la indeterminación en los documentos contractuales de qué prescripciones técnicas mínimas son de obligado cumplimiento, no puede argüirse como cusa clara de exclusión la garantía de rendimiento, resultando dicha decisión totalmente desproporcionada.



d) Finalmente, se solicita la nulidad del acuerdo de exclusión y la consiguiente anulación del acuerdo de adjudicación acaecido en la presente licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento de Oiartzun se opone a la estimación del recurso, por cuanto que (i) el PCAP en su cláusula 11BIS.2 indica claramente que si las fichas técnicas aportadas no cumplen con los requisitos técnicos recogidos en el Proyecto, el licitador será excluido; (i) los defectos de las propuestas presentadas por las 7 empresas excluidas no eran subsanables, y (III) según el técnico contratado al efecto las ofertas no cumplen con los requisitos mínimos exigidos y, por lo tanto, no pueden ser valoradas.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La cuestión principal que se debate en el recurso versa sobre el posible incumplimiento por parte de los módulos fotovoltaicos ofertados por la recurrente de la especificación relativa a la garantía de rendimiento de aquéllos exigida por el PPT, según el poder adjudicador. El análisis de la pretensión del recurso debe partir del contenido de las cláusulas relevantes de los pliegos, que vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma.

PCAP

11.BIS. Contenido de las proposiciones

2.- Documentación cuya valoración no se realiza bajo criterios automáticos

1.- Memoria técnica (0-18 puntos)

Hasta un máximo de 18 puntos. Se valorará la correcta identificación de las necesidades y características de la instalación: materiales a implantar y características de la edificación (4,5 puntos), sistemas de seguridad y salud propuestos (4,5 puntos) y soluciones técnicas (4,5 puntos). Asimismo, se valorará la metodología y/o métodos constructivos propuestos por el licitador para la ejecución de los trabajos (4,5 puntos).

Para poder valorar este criterio, las empresas licitadoras deberán presentar las fichas técnicas de los productos a suministrar. En este procedimiento se otorgarán 0 puntos si no se presentan las fichas técnicas. Por otra parte, en el caso de que las fichas técnicas indiquen que no se cumplen los requisitos técnicos recogidos en el Proyecto de Obra, el licitador será excluido directamente de la licitación.

PPT



(...)

PRESUPUESTO:

INSTALACION FOTOVOLTAICA POLIDEPORTIVO ELORSORO

IE-1	CAPITULO 1 INSTALACION FV Y CC			118.215.55 €
IE-1.01	Ud. MODULOS FV	336	205.00 €	68.880.00 €
	MÓDULOS SOLARES			
	MARCA: KAASEL SOLAR			
	MODELO: KSHC-144 PERC 460W			
	POTENCIA: 460W			
	EFICIENCIA: 21.16%			
	O MODELO ALTERNATIVO DE IGUAL O MEJORES CARACTERISTICAS, PREVIA			
	APROBACIÓN POR DF.			
	COMPLETAMENTE FIJADOS E INTERCONECTADOS			

(...)

FICHAS TÉCNICAS:

SOLAR ORBITER

KSHC-144 PERC



144 cell

Monocrystalline
PERC

21,39%

Maximum Efficiency

0 ~ +3%

Positive Power Tolerance

440-465

Peak Power Range

STRONG MECHANICAL LOAD CAPACITY

Certified for 5400Pa snow
and 2400Pa wind loads test



LOW LIGHT PERFORMANCE

With PERC technology.
Increases performance in
low-light environments

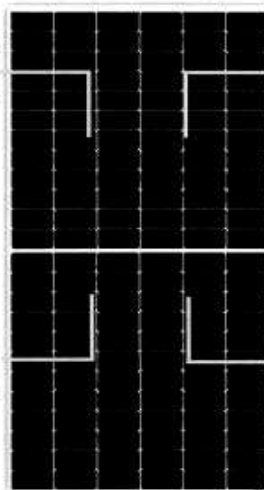
ANTI-PID

Resistance to degradation
induced by potential



9 BUSBAR SOLAR CELL

New technology for better
efficiency.



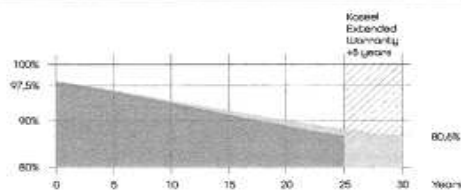
SPECIAL WARRANTY

**30
YEARS**

80,6% of the nominal
power output

**20
YEARS**

Limited product
warranty



— Live performance warranty from Kaseel Solar.
— Standard performance warranty.



A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre las cuestiones planteadas:

a) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas

La recurrente denuncia que la exclusión de su oferta por un presunto incumplimiento de las prescripciones técnicas es arbitraria y desproporcionada. El análisis del recurso comenzará por exponer la doctrina de este OARC/KEAO sobre dicha cuestión para después analizar los concretos incumplimientos alegados.

a.1 Doctrina general

Según reiterada doctrina de este Órgano, el PPT realiza una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador (ver, por todas, la Resolución 89/2018 de este OARC / KEAO). En este sentido, debe recordarse que las características técnicas correspondientes al servicio objeto del contrato corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28.1 de la LCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas, ni adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o que no garantiza su respeto (ver, en este sentido, la Resolución 144/2019 del OARC / KEAO). Ahora bien, una decisión tan grave como la exclusión de un licitador solo debe tomarse cuando la oposición entre su oferta y la documentación contractual sea frontal y clara, de forma que el hipotético contrato formalizado en esos términos no cumpliría con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos como imprescindibles para la satisfacción del interés general perseguido (ver, en este sentido, la Resolución 016/2020 del OARC / KEAO). Finalmente, debe



recordarse que este Órgano ha señalado que la exclusión de una proposición debe fundarse en una causa clara y atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad y transparencia (ver, por ejemplo, las Resoluciones 67/2014 y 183/2019 del OARC / KEAO).

a.2 Sobre el incumplimiento de la prescripción relativa a la garantía de rendimiento de los módulos fotovoltaicos del 80.6% a 30 años.

Alega el recurrente que de la documentación contractual existente no se puede colegir que la garantía de rendimiento de los módulos fotovoltaicos haya de ser igual o superior al 80,6% a 30 años, pues dicha prescripción no se encuentra explícitamente recogida en ningún apartado de los pliegos o del Proyecto técnico elaborado, salvo en la ficha técnica de un modelo de placa fotovoltaica de una marca determinada que ha sido tomada como referencia para el establecimiento de las prescripciones; es decir, no puede argüirse como causa de exclusión una especificación que no ha sido consignada con la debida claridad en los pliegos. Este OARC / KEAO comparte esta conclusión por las razones que se exponen a continuación:

- 1) Lo más aproximado a una relación de prescripciones técnicas mínimas que han de cumplir los módulos fotovoltaicos a ofertar se encuentra descrita dentro del Proyecto técnico elaborado por el poder adjudicador en el apartado relativo al Presupuesto, más arriba reproducido. Pues bien, y al margen de su irregular ubicación sistemática, pueden observarse que las características técnicas destacadas en dicha relación son la potencia y la eficiencia, sin que en la misma se haga referencia alguna a la garantía de rendimiento ni se haga una remisión a la ficha técnica relativa a los módulos solares en la materia debatida. Es evidente, que, si el poder adjudicador consideraba que dicha garantía de rendimiento específica del 80,6% a 30 años tenía un carácter fundamental, de forma que su ausencia o insuficiencia en la oferta conllevaba la exclusión de la licitación, debió haberlo especificado o consignado de forma clara en dicho apartado, bien de forma directa o bien por remisión al documento específico, como se ha



hecho para la potencia y la eficiencia. En este sentido, no cabe exigir a los licitadores que rebusquen en los pliegos o en el Proyecto, en este caso, prescripciones cuyo incumplimiento acarrea su exclusión y, menos aún, cuando dicho requisito aparece reflejado únicamente en la ficha técnica de un modelo concreto de una marca determinada que ni siquiera es una ficha tipo de módulos fotovoltaicos, por mucho que dicha ficha técnica formara parte del Proyecto como alega el Ayuntamiento. Por otro lado, y tal y como reconocen ambas partes, la garantía de rendimiento estándar es de 25 años (ofertada por 7 empresas que han sido excluidas), por lo que dicha excepcionalidad temporal debió ser clara y expresamente reflejada en los documentos contractuales. Asimismo, y dado que se permitía la presentación de modelos equivalentes de igual o mejor características del utilizado como referente en la elaboración del proyecto, las prescripciones cuyas equivalencias debían acreditar los licitadores debieron ser expresadas de forma mucho más diáfana, entre ellas la debatida.

- 2) La conclusión de lo señalado en el apartado anterior es que la información contenida en los pliegos de la licitación sobre el cumplimiento de la prescripción técnica relativa a garantía de rendimiento es, cuando menos, oscura, por lo que no puede significar que la propuesta contractual sea penalizada con la sanción más grave de las previstas en el PCAP, que es su exclusión, pues ello sería contrario al principio de transparencia (artículo 1.1 de la LCSP), además de desproporcionada. A este respecto, debe señalarse que este OARC/KEAO ha manifestado en pronunciamientos anteriores (ver, por todas, su Resolución 167/2021) que una determinación del procedimiento de adjudicación cuya infracción puede suponer una consecuencia tan relevante como la exclusión de la proposición debe estar claramente consignada en los pliegos de la licitación y, en virtud del principio de transparencia, ser suficientemente clara como para ser interpretada de la misma forma por todos los licitadores mínimamente diligentes, lo que aquí no ha sucedido, como indica la sistemática confusa más arriba explicada, e indicio de ello lo



constituye el que 7 de los 10 licitadores hayan sido excluidos por la misma causa denunciada por ORION (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, asunto C-19/00, de 24/11/2005, asunto C-331/04, y de 12/11/2009, asunto C-199/07 y las Resoluciones 067/2014 y 14/2021 del OARC / KEAO).

b) Conclusión

De acuerdo con todo lo expuesto en el apartado a) anterior, el recurso debe estimarse. En principio, dicha estimación supondría la retroacción de actuaciones para que, en función de lo indicado, se procediera a la valoración de la oferta de la recurrente. Sin embargo, ello no es posible porque no podría ya efectuarse una evaluación de las ofertas separando la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor de los cuantificados mediante fórmulas, tal y como pide el artículo 146.2 de la LCSP. Consecuentemente, debe cancelarse la licitación. Esta decisión no es contraria al principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) porque no se deriva de la petición del recurrente, sino de la propia configuración legal del procedimiento de adjudicación. Por otro lado, no se empeora la situación del recurrente (artículo 119.3 de la Ley 39/2015), que pasa de estar excluido del procedimiento a poder presentar una oferta en una más que probable nueva licitación.

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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso interpuesto por la empresa ORION PROYECTOS, S.L. contra la exclusión de su oferta en la licitación del contrato de “Suministro de instalación fotovoltaica de autoconsumo individual sin excedentes para el



polideportivo Elorsoro”, tramitado por el Ayuntamiento de Oiartzun, anulando su exclusión de la licitación y cancelando el procedimiento de adjudicación.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las actuaciones que lleve a cabo para ejecutar la presente Resolución.

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 urriaren 4a

Vitoria-Gasteiz, 4 de octubre de 2023