



EB 2023/182

Resolución 027/2024, de 15 de febrero, 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 mercantil DISEÑO INTERIORISMO INFORMATICA OFICINAS, S.A., contra la adjudicación del contrato de “Suministro, así como los servicios de instalación de diverso equipamiento de cocina destinado a los apartamentos del edificio Talent House II”, tramitado por Fomento de San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de septiembre de 2023, se interpuso 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 en materia de contratación interpuesto por DISEÑO INTERIORISMO INFORMATICA OFICINAS, S.A., (en lo sucesivo, DINO) contra la adjudicación del contrato de “Suministro, así como los servicios de instalación de diverso equipamiento de cocina destinado a los apartamentos del edificio Talent House II”, tramitado por Fomento de San Sebastián.

SEGUNDO: El día 18 de septiembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente 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). Con fecha 28 de septiembre se remitió por el poder adjudicador el expediente de contratación y el informe.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 21 de septiembre, el día 28 de septiembre se presentaron alegaciones por MOBLES BRÁFIM, S.L. (en adelante, BRÁFIM), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.G.C., que actúa en nombre y representación de DINO.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son actos impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Fomento de San Sebastián tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso, de forma resumida, son los siguientes:

1) La recurrente incumple la solvencia técnica mínima requerida en los Pliegos rectores de la licitación por dos motivos: se impugna, en primer lugar, la forma de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos, pues, consiste en meras declaraciones y no en la documentación justificativa requerida, al menos para los clientes destinatarios públicos referidos, toda vez que en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP no basta con la declaración de cumplir con los requisitos exigidos, sino que hay que justificarlo; y el segundo motivo de impugnación pivota en que con la documentación aportada por la mercantil BRÁFIM no se acredita haber ejecutado en el curso de los tres últimos años, como mínimo, 3 contratos de suministro e instalación de equipamiento de cocina similar al objeto del presente contrato, en una promoción, edificio de apartamentos o similar, en los que se hayan equipado un mínimo 50 cocinas en cada uno. En este sentido, el PACP es meridianamente claro en cuanto a la acreditación de la solvencia solicitando la ejecución de tres contratos de suministro e instalación de equipamiento de cocina similar al objeto del presente contrato, en una promoción, edificio de apartamentos o similar, en los que se hayan equipado un mínimo 50 cocinas en cada uno, no dejando lugar a dudas en la interpretación de que otras formas de suministro como las cocinas individuales facturadas a clientes privados en un periodo de tres años no son unos suministros apropiados para la acreditación de la solvencia requerida.

2) Finalmente, se solicita que se anule el acuerdo de adjudicación y se dicte resolución por la que se retrotraigan las actuaciones para proceder a la exclusión de BRÁFIN para, después, continuar con el procedimiento.

SÉPTIMO: Alegaciones de BRÁFIM

La empresa adjudicataria se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos expuestos de manera resumida:



1) Respecto a que la documentación presentada es meramente declarativa, DINOOF inicia su análisis de la documentación de forma sesgada. La documentación acreditativa de la solvencia técnica se facilitó a través de la declaración responsable realizada como respuesta al mismo requerimiento de adjudicación. DINOOF considera que la documentación aportada por MOBLES BRÁFIM se trata de «meras declaraciones y no la documentación justificativa requerida» pero cabe reseñar que esta parte aportó toda la documentación que le requirió la Administración en todo momento. De este modo, no es cierto que la Administración no realizó un «control efectivo» de la existencia de los proyectos que acreditaban la solvencia técnica, más aún cuando realizó un segundo requerimiento donde se solicitaron y se aportaron facturas que acreditaban la realización efectiva de los proyectos citados.

2) En lo que, a la falta de acreditación de la solvencia técnica se refiere, BRÁFIM realizó una consulta en el anterior expediente sobre el análisis del criterio interpretativo de la Cláusula 10 de la carátula del PCAP, la cual fue publicada en el expediente administrativo. La actual cláusula es idéntica a la anterior y sobre la cual se realizó la consulta ya citada y donde la Administración interpretó que cuando se hace referencia a 3 contratos de 50 cocinas también incluía 3 bloques de contratos de 50 cocinas, siempre y cuando fuera con el mismo periodo indicado. Es sorprendente que DINOOF no haga ninguna mención a la anterior consulta, alegando que no existe ninguna consulta al respecto, más cuando formaba parte del anterior expediente, ya que, aunque se trate de expedientes distintos se trata del mismo suministro en su literalidad y, por tanto, criterio interpretativo de la Administración. Además, esta Administración de forma implícita aplicó el anterior criterio, pues era lógico entender que recae una mayor solvencia técnica en realizar 50 cocinas para 50 clientes que en la de realizar 50 cocinas para tres clientes en el mismo periodo de tiempo, por las dificultades que supone en cuanto logística, gestión de la misma, entre otras. Por consiguiente, sí se acreditó la existencia de solvencia técnica de acuerdo con el artículo 10 de la Carátula del PCAP y de acuerdo con el criterio interpretativo.



3) Además, esta Empresa quiere alegar que mantiene la solvencia técnica suficiente como para poder realizar el anterior proyecto, aun cuando DINOOF trata de desacreditar lo anterior a toda costa para tratar de aplicar la exclusión de BRÁFIM y su consiguiente adjudicación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador considera que el recurso debe estimarse, en síntesis, por lo siguiente:

- a) Revisada la documentación tras recibir el escrito de recurso se reconoce que el poder adjudicador no estuvo acertado a la hora de calificar la documentación acreditativa de ostentar la solvencia exigida en el pliego, pues erróneamente se admitió la acreditación de la solvencia en los términos validados en una licitación anterior con el mismo objeto.
- b) Al margen de si dichas consultas tenían o no carácter vinculante respecto de aquel expediente del que se desistió por otras razones que no viene al caso, lo cierto es que dichas consultas y sus declaraciones no tiene efecto jurídico alguno respecto del presente expediente por ser otro distinto e independiente.
- c) La documentación aportada por BRÁFIM no acredita la ejecución de 3 contratos de equipamiento de cocina similar al objeto del contrato, en una promoción, edificio de apartamentos o similar en los que hayan equipado un mínimo de 50 cocinas en cada uno.
- d) Por último, se solicita que se declare no conforme a derecho la resolución impugnada.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

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.

Carátula del PCAP

10. APTITUD PARA CONTRATAR

- Solvencia:

Los licitadores deberán acreditar estar en posesión de la siguiente solvencia económica y financiera y técnica o profesional:

- Solvencia económica y financiera. Volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiere el contrato que, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles (respecto de los cuales esté vencida la obligación de aprobar las cuentas anuales), en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del licitador y de presentación de las ofertas, deberá ser de, al menos, 650.000 euros.
- Solvencia técnica o profesional. Haber ejecutado en el curso de los tres últimos años, como mínimo, 3 contratos de suministro e instalación de equipamiento de cocina similar al objeto del presente contrato, en una promoción, edificio de apartamentos o similar, en los que se hayan equipado un mínimo 50 cocinas en cada uno.

En síntesis, el recurso se basa en que la empresa adjudicataria no ha acreditado satisfactoriamente los requisitos de solvencia técnica requeridos por los pliegos. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre las cuestiones debatidas, comenzando por determinar las consecuencias de las alegaciones del poder adjudicador, ya que reconocen sustancialmente las del recurrente.

a) Sobre la aceptación por el poder adjudicador de la viabilidad del recurso.

Debe señalarse que el reconocimiento de las alegaciones de DINO no significa un allanamiento que obligue a este Órgano a declarar concluso el procedimiento por la aceptación por el poder adjudicador de la pretensión del recurso (ver, por ejemplo, el artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – administrativa, LJCA), ya que no constan los requisitos propios de esta figura (órgano competente, procedimiento, etc.). Por otro lado, incluso en el caso de que el poder adjudicador pretendiera efectivamente un allanamiento, el procedimiento continuaría a la vista de la oposición del adjudicatario impugnado (ver, por analogía, el artículo 75.3 de la



LJCA). Consecuentemente, deben considerarse los argumentos del informe de respuesta al recurso como una alegación más de las que deben tenerse en cuenta por el OARC / KEAO para la resolución de la impugnación.

b) Sobre la supuesta falta de solvencia técnica.

La recurrente alega en su recurso que la adjudicataria ni cumple con la solvencia técnica mínima exigida ni la acredita adecuadamente. A juicio de este Órgano, la pretensión de la recurrente debe aceptarse por las siguientes razones:

- 1) La solvencia técnica o profesional fijada en la cláusula 10 de la Carátula es clara: Haber ejecutado en el curso de los tres últimos años, como mínimo, 3 contratos de suministro e instalación de equipamiento de cocina similar al objeto del presente contrato, en una promoción, edificio de apartamentos o similar, en los que se hayan equipado un mínimo 50 cocinas en cada uno. Es decir, se han de acreditar (i) como mínimo 3 contratos de suministro e instalación de equipamiento de cocina similares (ii) en el que se hayan equipado un mínimo de 50 cocinas en cada uno y (iii) en el curso de los tres últimos años. A este respecto, se observa que la documentación aportada por BRAFÍM consiste en una numerosísima relación de trabajos efectuados y en lo que en ninguno se acredita que se hayan suministrado 50 cocinas ni de lejos, sino que se trata de un sumatorio de trabajos individuales con el fin de llegar al número mínimo de 50 mediante la agrupación de los trabajos en de tres bloques, que obviamente no son tres contratos.
- 2) En el presente caso, el debate se circunscribe a la forma de acreditar el número de cocinas suministradas e instaladas y que trae causa de una pregunta o solicitud de aclaración y su consiguiente respuesta en un expediente anterior con el mismo objeto y en el que la cláusula relativa a la solvencia técnica era la misma. A este respecto debe señalarse lo siguiente:



- Este órgano considera que la respuesta dada en su momento a la solicitud de aclaración efectuada por la hoy recurrente, y al margen de su difícil comprensión por su errática redacción, no se limitaba a esclarecer las dudas manifestadas por el licitador, sino que establecía unas reglas no reflejadas con anterioridad en el pliego. En concreto, la interpretación que se daba en la respuesta modificaba el contenido literal de la cláusula, pues donde se exigía que las 50 cocinas eran para cada uno de los tres contratos, la aclaración omitía esta circunstancia.
- Se trataba, pues, de una modificación de las bases de la licitación y no una simple interpretación o aclaración, lo que suponía una infracción del principio de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111, ECLI:EU:C:2004:236) con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, pudieran comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma a lo largo de todo el procedimiento y, por otra parte, la entidad adjudicadora pudiera comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores respondían a los criterios aplicables al contrato de que se trate. De acuerdo con ello, los artículos 122.1 y 124 de la LCSP exigen que las modificaciones de los pliegos posteriores a su aprobación por razones diferentes al mero error material, de hecho, o aritmético, conlleven la retroacción de actuaciones para que se sujeten al procedimiento legalmente establecido en cuanto a la alteración de las reglas de adjudicación y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial (ver, por ejemplo, la Resolución 173/2021 de este OARC/KEAO).



- Además, debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita era susceptible de crear desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas, por lo que debe evitarse.

3) Por ello, y con relación a lo anteriormente expuesto, debe descartarse la posibilidad de aplicación del principio de confianza legítima invocado por la adjudicataria, pues como ya tiene indicado este órgano (ver, por ejemplo, la Resolución 105/2015) para que ello sea posible estas actuaciones (las informaciones precisas, incondicionales y concordantes que procedan de fuentes autorizadas y fiables –STPICE de 18 de abril de 2007, asunto T-195/05, párrafo 87) deben estar incardinadas en el mismo procedimiento en el que se adopta la decisión (STS 7176/2012, de 30 de octubre); en consecuencia, no procede invocar la actuación de la administración en situaciones precedentes análogas, pues tal circunstancia no puede ser considerada como “garantía concreta” dada por la administración y que no se cumple en el presente procedimiento, pues aquella respuesta se refiere a un procedimiento de adjudicación diferente a este cuya adjudicación se impugna. Téngase en cuenta, además, que el resultado de aquellas consultas no se ha comunicado a los licitadores de la presente licitación, lo cual supone una vulneración del principio de no discriminación e igualdad de trato, además del de transparencia.

c) Conclusión

A la vista de lo expresado en la letra anterior, procede la estimación del recurso y anular la adjudicación, debiéndose retrotraer el procedimiento al objeto de proceder a la exclusión de la empresa BRÁFIM y continuar el procedimiento licitatorio, sin que sea necesario analizar la alegación relativa al carácter de la documentación acreditativa de la solvencia técnica.



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: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil DISEÑO INTERIORISMO INFORMATICA OFICINAS, S.A., contra la adjudicación del contrato de “Suministro, así como los servicios de instalación de diverso equipamiento de cocina destinado a los apartamentos del edificio Talent House II”, tramitado por Fomento de San Sebastián, en los términos expresados en la letra c) del Fundamento Jurídico Noveno de esta Resolución.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTA: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTA: 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, 2024eko otsailaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de febrero de 2024