

Recurso 50/2020

Resolución 245/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 16 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOSÉ SÁNCHEZ CARRETERO, S.L.** contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de materiales y contratación de obra para la obra incluida en el Programa de Fomento del Empleo Agrario (PFEA-2019): Adecuación de la Calle Baño de Castro del Río”, Lote 3 (Expte GEX 278/2019) promovido por el Ayuntamiento de Castro del Río (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 27 de diciembre de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 103.785,61 euros.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Con fecha 24 de enero de 2020, la mesa de contratación procede a la apertura de los sobres B -documentación relativa a los criterios valorables en cifras o porcentajes- y adopta el siguiente acuerdo:

“Respecto del tercer lote:

1º.- Excluir a José Sánchez Carretero S.L, por ofertar una unidad distinta a la comprendida en apartado uno del anexo I del pliego de cláusulas administrativas.

2º.- Proponer la adjudicación a favor de MATRAEX S.L, por ser la oferta que se estima más ventajosa.

3º.- Elevar el Acta al órgano de contratación para que proceda, en su caso, a la adjudicación del contrato.”

CUARTO. Con fecha 30 de enero de 2020, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación, escrito de recurso especial interpuesto por la entidad JOSÉ SÁNCHEZ CARRETERO, S.L. (en adelante, J.S.CARRETERO) contra el mencionado acuerdo de exclusión de fecha 24 de enero de 2020.

QUINTO. El órgano de contratación, el 12 de febrero de 2020, dio traslado a este Tribunal del recurso presentado y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56, punto 2, de la LCSP, remitió el expediente de contratación y el listado de los licitadores participantes en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificación. Posteriormente, con fecha 14 de febrero de 2020, remitió el preceptivo informe sobre el mismo.

SEXTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020,



de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

SÉPTIMO. Con fecha 18 de junio de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En el supuesto examinado, el Ayuntamiento de Castro del Río (Córdoba) ha remitido a este Órgano la documentación a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación; por lo que, de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, este Tribunal resulta competente para el conocimiento del presente recurso especial.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

En este sentido, de acuerdo con lo indicado en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP):

“Es objeto del presente procedimiento el contrato mixto de suministro y contratación con empresarios de maquinaria con conductor, para la ejecución del proyecto de las obras incluidas en el programa de Fomento del



Empleo Agrario de 2019, que se desarrolla por el sistema de ejecución por la Administración, de conformidad con el artículo 30 de la LCSP.

Lo cual conlleva la contratación de las siguientes prestaciones:

-Suministro: del material necesario para realizar las obras.

-Obra: contratación de maquinaria con conductor necesaria para la ejecución de la obra.”

Asimismo, respecto a la obra, el apartado 2.2 del PPT especifica que se procederá a la contratación de maquinaria con conductor para la ejecución de la misma, previendo dos lotes de obra: lote 7 (maquinaria) y lote 8 (transporte) y el apartado 2.3 del mismo pliego, al identificar los códigos de las prestaciones, menciona el 45500000-2 relativo a *“alquiler de maquinaria y equipo de construcción y de ingeniería civil con maquinista”*.

Ello permite concluir que, pese a la calificación del contrato en el pliego como mixto de suministro y obra, estamos en presencia de un contrato de suministro (adquisición de material y alquiler de maquinaria), cuyo valor estimado asciende a 103.785,61 euros; ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; y el objeto del recurso es un acto de trámite cualificado, pues se trata de la exclusión de la oferta de la recurrente. Por todo ello, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado d) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

En el supuesto analizado, no constando en el expediente que obra en este Tribunal la notificación a la recurrente, el acuerdo de exclusión se adopta por la mesa de contratación con fecha 24 de enero de 2020 y el recurso ha sido presentado en el registro del órgano de contratación con fecha 30 de enero del citado año. En consecuencia, y aún considerando como fecha de inicio del cómputo del plazo para la interposición del presente recurso el más gravoso para la recurrente, como sería la fecha de adopción del acuerdo, el mismo ha sido presentado dentro del plazo legal establecido.



QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

Como se ha dicho con anterioridad, con fecha 24 de enero de 2020 y con respecto al lote 3, la mesa de contratación adopta el acuerdo de excluir a la entidad J.S. CARRETERO por ofertar una unidad distinta a la comprendida en el apartado uno del anexo I del PCAP.

Disconforme con la decisión de exclusión adoptada por la mesa, la empresa citada presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna dicho acto, solicitando en su escrito: *“Se tenga a bien revisar la resolución adoptada por la mesa de contratación, porque nuestra oferta es la más económica y la modificación realizada se hizo una vez consultada al departamento de urbanismo. Además, en la oferta no se tacha la cantidad, sino que de forma paralela y entre paréntesis se coloca la otra cantidad.”*.

En particular, centra sus argumentos en el siguiente alegato: sostiene que el material solicitado en el PCAP no se adecuaba a la realidad del consumo actual de tipo de ladrillo y que tal circunstancia ha sido consultada con los arquitectos municipales. Por ello, la oferta presentada entiende que es correcta y no afecta al precio total.

Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, emite su informe, en fecha 14 de febrero de 2020, en el que rebate la argumentación expuesta por la recurrente.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede su examen.

La recurrente discrepa con el acuerdo de exclusión de la mesa y en su escrito de recurso manifiesta lo siguiente: *“Cuando estudiamos la documentación de licitación de dicha obra, se detectó a nuestro entender, que el material solicitado no se adecuaba a la realidad del consumo actual de tipo de ladrillo. Tal circunstancia se consulta con los arquitectos municipales, D^o Jorge Forné y D^o Antonio José Millán, a fin de ajustar la oferta a la realidad del producto que se consumirá en la obra. Una vez realizada la consulta, decidimos ofertar lo que entendemos por correcto, siendo conscientes que alteraríamos el precio y la cantidad de ese producto, pero calculado para que la cantidad resultante no afectara al precio total. Por eso se hizo la consulta y se les explicó”*.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso rechaza y se opone a cuantos motivos y argumentos son planteados por la recurrente y, en lo que aquí nos interesa, manifiesta lo siguiente:

“Previamente a entrar al desarrollo de las alegaciones, procedo a transcribir literalmente el informe realizado por el Arquitecto técnico municipal a fecha 14 de Febrero de 2020, sobre dicha alegación:

I N F O R M E:

Respecto a las circunstancias alegadas por D. Antonio Sánchez Clavero, en representación de JOSÉ SÁNCHEZ CARRETERO, S.L. se informa lo siguiente:

D. Antonio Sánchez Clavero, personándose en el Departamento de Obras y Urbanismo de este Ayuntamiento, comunica en un primer momento al Arquitecto Municipal que entiende que el ladrillo incluido, en el lote 3 del contrato indicado, no es el que este Ayuntamiento viene empleado y utilizando para las obras también indicadas. Se dice también que es un ladrillo en desuso y descatalogado de suministro. Entendida su observación, se le manifiesta, que plantee su oferta en las condiciones entendidas, pero que no podrá ser superior a la cantidad económica indicada en el contrato (Lote 3).

Posteriormente D. Antonio Sánchez Clavero, se vuelve a presentar en el Departamento de Obras y Urbanismo y comunica tanto al Arquitecto Técnico Municipal, como al Arquitecto Municipal que va a realizar la oferta económica en las condiciones habladas en un primer momento con el Arquitecto Municipal, modificando así las dimensiones del ladrillo que figura en los pliegos del Contrato pero manteniendo un precio por debajo del máximo licitado. El entiende que este ladrillo cumple las necesidades de obras que se piden.

Ambos técnicos le trasladamos que entendemos las dudas planteadas por él, referente a las dimensiones del ladrillo que se viene utilizando para este tipo de trabajos. Aunque insistimos que el ladrillo que figura en los pliegos es un ladrillo existente con posibilidad de comercialización.

El Arquitecto Técnico Municipal le traslada, aún entendiendo las dudas planteadas por las dimensiones del ladrillo a licitar, que el organismo competente para resolver sobre la empresa adjudicataria es la Mesa de Contratación y no sólo uno o dos miembros de la misma. También se le traslada que se desconoce en ese momento con exactitud todo lo dispuesto por el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, ya que no ha sido redactado por el Departamento de Obras y Urbanismo. Que cualquier consulta en lo referente a este o alteración de las condiciones ofertadas debería resolverse cumpliendo las cláusulas establecidas por este último Pliego, estando Secretaría General para cualquier tipo de consulta.

Continúa su exposición, el órgano de contratación, argumentando que el recurso debe ser desestimado por los siguientes motivos:



“1.- El responsable del contrato según consta en el PCAP: Antonio Millán Elías, no acordó el cambio de la oferta con el licitador, es más advirtió al licitador el día de presentación de su oferta, que no tenía conocimientos de las cuestiones administrativas, que para dichas cuestiones debería de acudir a Secretaría.

2.- Dicho cambio no ha sido autorizado expresamente por el órgano de contratación, la Alcaldesa-Presidenta.

3.- Las dudas y preguntas según consta en la LCSP, deben ser objeto de publicación en la plataforma de contratación del Estado. Así atendemos a lo dispuesto en el artículo 138.3 LCSP, párrafo segundo el cual dispone: “En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación.”

Con respecto a la indicación que hace la recurrente relativa a que *“En la oferta no se tacha la cantidad sino que de forma paralela y entre paréntesis se coloca la otra cantidad”*, dice el órgano de contratación lo siguiente:

“Dicha alegación debe ser desestimada en atención a las siguientes circunstancias:

1.- En el PCAP, no se contemplan la admisibilidad de variantes, tal y como establece el apartado 21 del anexo I. Es por ello que no debemos de admitir la admisibilidad de dicha variante a tenor de lo dispuesto en el PCAP y al artículo 142 LCSP, el cual establece: “1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes que ofrezcan los licitadores, siempre que las variantes se prevean en los pliegos. Se considerará que se cumple este requisito cuando se expresen los requisitos mínimos, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.” No se debe por tanto entender válida dicha modificación de la unidad ofertada.”

Y añade -el órgano de contratación- que atendiendo al Artículo 139 de la LCSP *“la admisión de la recurrente en las condiciones que propone daría lugar a la quiebra del principio de igualdad de trato y no discriminación entre los candidatos, que constituye uno de los principios básicos que han de regir la contratación del sector público (art 1 LCSP), dado que supondría otorgar un tratamiento singular más favorable a la recurrente frente a los restantes candidatos que sí han presentado la documentación exigida fijada en el PCAP”*.



La controversia se centra, por lo tanto, en discernir si la modificación introducida por la recurrente en la oferta de los materiales, con respecto a lo requerido por el PCAP, justifica el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación.

En este sentido, la LCSP dispone en su artículo 139.1 que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. Así, es oportuno traer a colación, en este momento, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, en el asunto C-243/89, que se expresa del siguiente modo *“Al respecto, es preciso señalar, ante todo, que el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las proposiciones sean conformes a las prescripciones del pliego de cláusulas administrativas particulares, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las proposiciones presentadas por los diferentes licitadores”*.

Por otra parte, el PCAP en su anexo I, establece las características del material a suministrar, concretamente en el apartado denominado “Contenido de los lotes” recoge los requerimientos de cada elemento, la unidad de medida, el precio máximo unitario, la cantidad de unidades y el valor máximo total por elemento. Y, en el punto 21, en cuanto a la admisibilidad de variantes, indica que no procede.

Asimismo, en su anexo II, correspondiente al modelo de proposición económica que suscribirá cada entidad, se incorpora la siguiente declaración *“Hago constar que conozco el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como el de Prescripciones Técnicas que sirve de base al contrato y lo acepto íntegramente, tomando parte de la licitación y comprometiéndome a llevar a cabo el objeto del contrato por los siguientes importes unitarios, IVA excluido, de los lotes que se describen”*. A continuación, se incluye en el modelo, para cada lote, un cuadro que la entidad licitadora debe completar en cuanto a las columnas de precio por unidad ofertado y valor total de cada elemento en función del precio ofertado y el número de unidades requeridas.

En relación con ello, J.S. CARRETERO dice en su escrito de recurso *“Insistimos en que nuestra valoración no afectaba al valor total de la mercancía, pero sí se ajustaba a la realidad del producto a consumir. El producto solicitado (macizo de 5) actualmente y desde hace muchos años no se utiliza pues su uso supone un gasto adicional en áridos y cemento”*.



Pues bien, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 377/2019, de 7 de noviembre) los pliegos que rigen el contrato son “lex inter partes” o “lex contractus” y vinculan a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas. De tal forma que, en el presente recurso, si la recurrente consideró en su momento que los requerimientos del PCAP no eran acertados, pudo haber impugnado el contenido de los mismos, pero concluido los plazos para ello si no hizo uso de tal posibilidad éstos se convierten en documentos firmes y definitivos que obligan a las partes con todo su contenido, hasta el punto de predicar con respecto a ellos que están en posesión de la fuerza de la ley. Así pues, que una de las partes -en este caso la entidad licitadora- modifique unilateralmente los requerimientos del pliego conlleva irremediabilmente su exclusión, pues en caso contrario, se estaría poniendo en riesgo el principio de igualdad que debe regir entre los participantes de todo procedimiento de licitación.

En esta línea se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 214/2018, de 13 de julio, al disponer que *“En definitiva, el principio de igualdad de trato supone que las licitadoras deben poder conocer con claridad los requisitos y trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de una licitadora los requisitos exigidos para todas ellas.”*

A mayor abundamiento, y en la misma dirección expresada ut supra, el órgano de contratación se apoya, para su razonamiento, en la Resolución 1160/2017, de 1 de diciembre de 2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que procede traer a colación y que dice: *“Para la resolución del presente recurso, ha de tenerse presente el contenido del artículo 145 del TRLCSP, que establece que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. Esta aceptación incondicionada abarca igualmente la forma y lugar en que han de presentarse las proposiciones. Por lo tanto, el contenido del PCAP resulta obligatorio y vinculante para el licitador, que deberá ajustarse al mismo tanto en la presentación de la documentación inicial como en la derivada de la subsanación posterior.*

(...)

La admisión de la recurrente en las condiciones que propone daría lugar a la quiebra del principio de igualdad de trato y no discriminación entre los candidatos, que constituye uno de los principios básicos que han de regir la contratación del sector público (ex art. 1 TRLCSP), dado que supondría otorgar un tratamiento singular más favorable a la recurrente frente a los restantes candidatos que sí han presentado la documentación exigida en el lugar y plazo fijados en el PCAP y en el requerimiento”.



Así las cosas, este Tribunal considera que procede desestimar este recurso pues la oferta se aparta consciente y unilateralmente de los requerimientos recogidos en el PCAP.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOSÉ SÁNCHEZ CARRETERO, S.L.** contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de licitación denominado “Suministro de materiales y contratación de obra para la obra incluida en el Programa de Fomento del Empleo Agrario (PFEA-2019): Adecuación de la Calle Baño de Castro del Río”, Lote 3 (Expte GEX 278/2019) promovido por el Ayuntamiento de Castro del Río (Córdoba).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

