

Recurso 136/2021

Resolución 396/2021

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

Sevilla, 15 de octubre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CONTENUR, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Suministro de vehículos y contenedores para el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos en el Ayuntamiento de Conil de la Frontera” promovido por el citado Ayuntamiento (Expte. 1/21), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de marzo de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores a través del citado perfil, en el que asimismo consta el envío del anuncio para su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea el pasado 3 de marzo de 2021. La fecha de publicación del anuncio en el citado Diario oficial no consta en el expediente remitido.

El valor estimado del contrato asciende a 2.368.500 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. El 25 de marzo de 2021, la entidad CONTENUR, S.L. (CONTENUR, en adelante) presentó en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de la citada



contratación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

El 15 de abril de 2021, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente en su escrito de impugnación.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, se han recibido las formuladas por la entidad WASTERENT, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Conil de la Frontera (Cádiz) no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Al respecto, si bien no consta que CONTENUR tenga la condición de entidad licitadora en el procedimiento, lo cierto es que los motivos en que sustenta su escrito de impugnación ponen de manifiesto que los pliegos recurridos restringen o limitan sus posibilidades de acceso a la licitación en condiciones de igualdad. Por tanto, una eventual estimación del recurso permitiría a la recurrente la remoción de los obstáculos que le dificultan la presentación de su proposición en la licitación. Queda, pues, justificado su interés legítimo en la interposición del presente recurso.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000



euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 b) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...).”

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 5 de marzo de 2021; fecha en que, asimismo, los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores a través del citado perfil. Por consiguiente, el recurso especial presentado en el registro electrónico de este Tribunal el 25 de marzo de 2021 se ha formalizado dentro del plazo legal.

QUINTO. Alegaciones de las partes.

CONTENUR solicita la anulación de la licitación con retroacción de las actuaciones al momento de elaboración de los pliegos, para que se observen en los mismos las normas legales sobre establecimiento de las prescripciones técnicas, de tal modo que se posibilite la participación de la recurrente en la licitación.

De la cláusula primera tanto del pliego de cláusulas administrativas particulares(PCAP) como del pliego de prescripciones técnicas (PPT) se desprende que el objeto de esta contratación es el suministro de vehículos y contenedores en la modalidad de arrendamiento sin opción de compra para el servicio de limpieza y recogida de residuos sólidos urbanos para el Ayuntamiento de Conil de la Frontera.

Asimismo, el Anexo II del PPT describe las características técnicas mínimas de los contenedores, estableciendo para los de 2.200 litros como una de esas características el *“sistema de enganche por doble diamante y refuerzo interno semi-perimetral, fabricado con chapa de acero galvanizado en caliente”*. Por su parte, el Anexo I del mismo pliego relativo a las características mínimas de los vehículos prevé, como consecuencia de la exigencia anterior, que los camiones dispongan de:

-Carrocería de Carga Lateral mono operador mediante enganche de contenedores doble diamante.



-Cámaras y monitores para la visibilidad del entorno y operativa de trabajo, así como el correcto centrado del contenedor y posicionamiento del enganche de la doble punta de diamante.

A la vista de este contenido del PPT, la recurrente esgrime que no se permite ofertar un sistema de enganche distinto al de diamante y que si bien se prevé la posibilidad de introducir cambios en el producto, ello solo se puede hacer efectivo en fase de ejecución.

Sostiene que el sistema de enganche requerido se encuentra sujeto a patente, lo que en la práctica supone la imposibilidad de participación en la licitación de cualquier empresa -fabricante o distribuidora- distinta del titular de la patente o de quien éste autorice para suministrar el producto. En justificación de esta afirmación, aporta documento sobre patente de invención referida a “conjunto contenedor de residuos” cuyo titular es la entidad ROS ROCA, S.A con número de publicación ES 2444976, manifestando que únicamente esa empresa u otra autorizada por ella puede participar en la licitación.

Además, aduce que ningún documento de la licitación justifica directa o indirectamente el motivo por el cual los contenedores a ofertar han de disponer de ese sistema patentado de enganche. No se determina, pues, que exista ventaja alguna en el sistema de enganche requerido que pudiera motivar su prevalencia en detrimento de otros sistemas que permitirían ampliar el número de licitadores. Y por último, intenta acreditar que el referido sistema de enganche se encuentra en desventaja respecto al sistema de enganche por bulones.

Frente a tales alegatos del recurso, se alza **el órgano de contratación** en su informe al recurso esgrimiendo, en síntesis, lo siguiente:

1. En la actualidad hay varios fabricantes que disponen del sistema de enganche de contenedores de doble diamante tanto a nivel nacional como europeo. De estos, *“se ha podido comprobar la existencia de dos patentes; la de ROSROCA y otra del grupo alemán ZOELLER, este está integrado en otro grupo, también de origen alemán, Kirschhof, que suministra también vehículos de recogida.*

No hay patente sujeta a este tipo de contenedor, la patente es de un contenedor tanto de diamante como de doble bulón. La patente de ZOELLER DE 1978 anula cualquier patente de ROSROCA de un solo enganche de elevación del contenedor”.

2. La cláusula segunda del PPT (especificaciones técnicas de los vehículos y contenedores) contiene información mínima, lo que permite a los licitadores en sus ofertas incluir variantes que mejoren tanto las prestaciones del vehículo como de la maquinaria.



3. Los contenedores de este sistema de carga lateral, de doble diamante con refuerzo interno-perimetral fabricados en chapa de acero galvanizada ofrecen mucho más resistencia que los de bulón convencional, pues al tener el perímetro reforzado con acero no sufren en la maniobra de enganche y aumentan su durabilidad. Tienen más capacidad y son más accesibles a personas con diversidad funcional. Después de varios estudios técnicos se ha llegado a la conclusión de que el sistema de doble diamante es mucho más rápido, versátil, sencillo, con más durabilidad y menos mantenimiento, lo que implica que sea más económico.

4. El pliego no hace referencia a ninguna fabricación ni procedencia determinada. Solo indica un sistema de recogida de carga lateral de doble diamante que se puede adquirir por cualquier licitador a más de un fabricante.

Finalmente, la interesada **WASTERENT, S.L.** se opone al recurso relacionando algunos de los proveedores con capacidad para ejecutar el suministro y concluye que, al existir diferentes empresas con capacidad de suministrar los bienes objeto del contrato, no se han visto vulnerados los principios de libre concurrencia y competencia.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

En el examen de la controversia hemos de partir del marco legal que regula el establecimiento de las prescripciones técnicas. Así, el artículo 126.1 de la LCSP dispone que *“Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.”*

Y el apartado 6 del mismo precepto legal establece que *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».”*

Los citados apartados 1 y 6 del artículo 126 de la LCSP son, prácticamente, una reproducción literal de los apartados 2 y 4 del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE.

La pretensión de dichos apartados 1 y 6 del artículo 126 de la LCSP, como pone de relieve la Sentencia, de 9 de febrero de 2005, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo -recurso 2406/2002- en



relación con análoga previsión de los textos legales anteriores a la vigente LCSP, es *“garantizar la apertura de la contratación mediante la libre competencia que afianza el principio de igualdad de oportunidades”*.

Dicha problemática fue asimismo abordada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe 62/2007, de 26 de mayo, sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos, estableciendo en el apartado 2 del mismo lo siguiente: *“Como establecen los citados artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente apartados 1 y 6 del artículo 126 de la LCSP) y permite el último párrafo del artículo 23.8 de la citada Directiva (actualmente apartado 4 del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE), las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción (...)”*.

En definitiva, el objeto de la citada normativa contractual es, por un lado, evitar que queden injustificadamente excluidas algunas entidades licitadoras del procedimiento de adjudicación, y por otro lado, que las referencias a una fabricación o una procedencia determinada, a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, a marcas, patentes o tipos, o a un origen o producción determinados, constituyan una excepción a las normas generales en relación con las prescripciones técnicas, lo que implica que debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción.

En este sentido se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 326/2015, de 15 de septiembre, 7/2016, de 20 de enero, 189/2017, de 26 de septiembre y 325/2018, de 20 de noviembre, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras en sus Resoluciones 17/2012, de 18 de enero, 672/2015, de 17 de julio y 620/2016, de 29 de julio.

En el supuesto examinado, el objeto contractual comprende el arrendamiento de determinados vehículos y contenedores para el servicio de limpieza y recogida de residuos sólidos urbanos del Ayuntamiento de Conil de la Frontera, y lo que impugna la recurrente son determinadas características mínimas de los bienes descritas en los Anexos I y II del PPT: principalmente, la prevista para los contenedores de 2.200 litros consistente en *“sistema de enganche por doble diamante y refuerzo interno semi-perimetral, fabricado con chapa de acero galvanizado en caliente* (Anexo II) y como consecuencia de la anterior, las características mínimas de los vehículos previstas en el Anexo I consistentes en que los camiones dispongan de:



- Carrocería de Carga Lateral mono operador mediante enganche de contenedores doble diamante.
- Cámaras y monitores para la visibilidad del entorno y operativa de trabajo, así como el correcto centrado del contenedor y posicionamiento del enganche de la doble punta de diamante.

Alega la recurrente que el sistema de enganche de tipo diamante se encuentra sujeto a patente, circunstancia que si bien intenta acreditar la recurrente también ha podido verificar este Tribunal acudiendo a la web de la Oficina Española de Patentes y Marcas dependiente del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. En la misma se ha podido comprobar la existencia de patente de invención con el título “conjunto contenedor de residuos” de la que es titular la entidad ROS ROCA, S.A. Se trata de la patente nacional P201231167(9) que fue concedida el 26 de noviembre de 2014 y publicada el 3 de diciembre del mismo año.

En el documento en cuestión se indica, entre otros aspectos, que:

- El cuerpo de acoplamiento del contenedor es de tipo denominado “diamante”, con su espacio interior configurado convenientemente de manera que se estrecha hacia la parte superior del mismo. Esta particular configuración del espacio interior del cuerpo de acoplamiento estrechándose hacia su parte superior permite una adaptación muy rápida y efectiva del elemento de acoplamiento del brazo de los medios de enganche del vehículo en el espacio interior del cuerpo de acoplamiento del contenedor
- El cuerpo de acoplamiento del contenedor de tipo “diamante” permite elevar de manera eficaz contenedores de gran capacidad, del orden de 2200 litros, 3200 litros o incluso más.
- Con el sistema de la invención se consigue simplificar los medios de enganche del contenedor debido a la utilización del cuerpo de acoplamiento de tipo “diamante” dado que los medios de enganche del vehículo de recogida requieren menos articulaciones respecto a, por ejemplo, un sistema convencional de tipo “muñones” que normalmente requiere brazos con un sistema de pinzas.

Lo expuesto permite aseverar que el sistema de enganche de los contenedores de 2.200 litros señalado en el PPT como un requisito mínimo coincide con el de la patente de invención antes referida, circunstancia que obviamente restringe la concurrencia y que, salvo que lo justifique el objeto del contrato, está proscrita por el artículo 126.6 de la LCSP. En igual sentido, el apartado 1 de dicho precepto prohíbe aquellas prescripciones técnicas que creen obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la concurrencia.

En el supuesto analizado en la presente resolución, la memoria justificativa del expediente nada dice ni motiva sobre la necesidad de adquirir contenedores con el sistema de enganche tipo diamante. Es más, obra en el expediente una consulta preliminar del mercado dirigida por el órgano de contratación a los operadores



económicos y publicada en el perfil de contratante, en la que se describe la característica técnica discutida en el recurso para los contenedores de 2.200 litros, resultando -según expresa el informe emitido por el Ayuntamiento sobre la consulta- que *“no se presenta ni una sola propuesta adecuada a los términos interesados en la consulta conforme a las características técnicas de los vehículos y contenedores y respecto a las condiciones requeridas”* y que *“Tras las pertinentes indagaciones se realizan las peticiones oportunas, recibándose propuesta únicamente por una sola empresa (...)”*.

Lo anterior pone de manifiesto que el órgano de contratación ya era conocedor de las limitaciones a la concurrencia que la contratación proyectada podía originar; por lo que, al persistir en las características técnicas descritas y que son objeto de esta litis en la confección de los pliegos ahora impugnados, debió motivar adecuadamente su establecimiento en los términos que señala el artículo 126 de la LCSP, y debió hacerlo en la memoria justificativa de la contratación o en cualquier otro documento del expediente que hubiese tenido debida publicidad en el perfil.

Esa ausencia de motivación no puede suplirla sin más el informe posterior al recurso, el cual por otro lado se centra en gran parte en comparar los contenedores con el sistema de enganche tipo diamante exigidos en el PPT y los contenedores de bulón cuyas ventajas defiende la recurrente en su escrito de impugnación. Si, en efecto, la elección de esta prescripción técnica resultare esencial para la adecuada ejecución del objeto contractual, se impone una motivación de la misma *ad hoc*, específica y previa que pueda visualizarse en los documentos de la licitación que acceden al perfil, no resultando conforme a derecho elaborar esa justificación una vez que se interpone el recurso y se conocen los motivos en que el mismo se asienta, privando a los licitadores del conocimiento de las razones concretas que, a juicio del órgano de contratación, justifican la limitación de la concurrencia para, en su caso, poder combatirlas.

Asimismo, como señalábamos en nuestra Resolución 325/2018, de 20 de noviembre, *“En todo caso, de persistir en el órgano de contratación la necesidad de describir determinadas especificaciones técnicas haciendo referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, dicha referencia deberá ir acompañada de la mención «o equivalente»”*.

Finalmente, hemos de añadir que el resto de argumentos esgrimidos en el informe al recurso tampoco pueden acogerse. Así, el órgano de contratación argumenta que en la actualidad hay varios fabricantes que disponen del sistema de enganche de contenedores de doble diamante tanto a nivel nacional como europeo, pero tal afirmación no va acompañada de un elemento mínimo de prueba, siendo por otro lado un dato objetivo que solo un licitador ha presentado oferta en la licitación examinada.



Tampoco puede prosperar el alegato de que las especificaciones técnicas de los vehículos y contenedores que indica el PPT constituyen información mínima que permite a los licitadores la realización de variantes. Para empezar, la cláusula 8.1 del PCAP no permite la presentación de variantes a los licitadores; pero es más, aunque las permitiera, el hecho de que el PPT exija unas especificaciones técnicas como requisitos mínimos obligatorios determina precisamente que los mismos deban ser cumplidos, por lo que una variante que no diera satisfacción a tales exigencias o que las modificara determinaría el incumplimiento de las mismas.

Con base en las consideraciones realizadas el recurso debe ser estimado. En consecuencia, deben anularse las cláusulas de los pliegos que han sido impugnadas y con ellas, los propios pliegos así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 LCSP, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CONTENUR, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Suministro de vehículos y contenedores para el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos en el Ayuntamiento de Conil de la Frontera” promovido por el citado Ayuntamiento (Expte. 1/21) y, en consecuencia, anular dichos pliegos en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal en Resolución de 15 de abril de 2021.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE 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.

