

Recurso 258/2021

Resolución 505/2021

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

Sevilla, 25 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SOTKON SP, S.L.U.** contra la adjudicación del contrato denominado “Suministro e instalación de contenedores soterrados de residuos” (Expte.064/2020-CONTR), respecto del lote 2, promovido por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de noviembre de 2020, 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 de esta resolución, con un valor estimado de 825.704,98 euros. Asimismo, el 2 de diciembre de 2020, fue publicado el citado anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE).

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) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante resolución, de 6 de mayo de 2021, el órgano de contratación adjudica el contrato, en cuanto al lote 2, a la entidad CONSTRUCCIONES GLESA, S.A. (en adelante, GLESA).

SEGUNDO. El 28 de mayo de 2021, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SOTKON SP, S.L.U. (en adelante, SOTKON), contra la referida resolución de 6 de mayo de 2021, en cuanto al lote 2.

Asimismo, el presente recurso fue remitido por el órgano de contratación a este Tribunal para su resolución y con solicitud de levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, en cuanto al lote 2. Mediante resolución de 24 de junio de 2021, este Tribunal acordó levantar la suspensión solicitada.

A continuación, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

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 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 Fuengirola (Málaga) ha remitido a este Tribunal la documentación necesaria para su resolución, no poniendo de manifiesto que disponga de órgano propio especializado para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación; por tanto, de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento este Tribunal.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, en cuanto al lote 2, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.y c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado la adjudicación fue publicada y notificada a través del perfil de contratante el 7 de mayo de 2021. Así, el recurso presentado con fecha 28 de mayo de 2021 en el registro del órgano de contratación se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes

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

La recurrente solicita en su escrito de recurso lo siguiente: *“Que se tenga por interpuesto este recurso contra la Adjudicación del Lote 2 - Implantación de nuevos Contenedores Soterrados del Contrato mixto de Suministro e Instalación de Contenedores soterrados de residuos en el municipio de Fuengirola (Expte. 064/2020-CONTR) a la empresa CONSTRUCCIONES GLESA, SA y se declare la nulidad o anulabilidad de la misma y se proceda a su exclusión del procedimiento al considerar que los productos ofertados no cumplen las características exigidas en el pliego.”*

1. Alegaciones de la recurrente.



SOTKON combate la decisión de adjudicación argumentando que existe una clara contradicción en el contenido del pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) con respecto a las características de los buzones exteriores y que la entidad adjudicataria no cumple con los requerimientos exigidos. En síntesis, manifiesta lo siguiente:

“En el apartado 5.1 Unidades, condiciones y características del Pliego de Condiciones Técnicas se indica que los buzones de los equipos deben ser los siguientes:

- *Carga Lateral: “Buzones exteriores redondos fabricados en AISI-316”*
- *Carga Trasera: “Buzones exteriores redondos fabricados en AISI-316”*
- *Doble Gancho Vidrio: “Buzones exteriores redondos fabricados en AISI-316”*
- *Doble Gancho Papel y Cartón: “Buzones exteriores para esta fracción papel serán de acero inoxidable AISI-304 (Acabado: Mate) de forma prismática rectangular, con sistema de suspensión con doble gancho (Según características del apartado 2.3)”*

En el apartado 6 BUZONES EXTERIORES: Características, modelos y dimensiones, se indica que “Las medidas y los modelos de los buzones exteriores de los equipos de contenedores soterrados a implantar serán similares y atenderán a las siguientes especificaciones, características, modelos y dimensiones” y en las descripciones se indica que los buzones el material del que deben estar fabricados, que de forma somera es el siguiente:

- *Orgánicos y Envases: “... construido en chapa de Acero Inox. 304...”*
- *Papel y Cartón: “...Cuerpo construido en chapa de acero decapada S-235-JR de 3 mm de espesor ... Cajón en acero inoxidable AISI 304 ...”*
- *Vidrio: “...chapa de Acero Inox. 304...”*

Entendiendo que existe una clara contradicción dentro del Pliego de Prescripciones Técnicas entre las calidades de los aceros de los que deben estar compuestos los buzones y no habiendo encontrado referencias a la calidad de los mismos en el Pliego de Cláusulas Administrativas, desde SOTKON, consideramos que debe prevalecer el principio de “interpretación más favorable” y que redunde en el beneficio del interés general y público y por tanto el material del que deben estar fabricados es el de mejores características (y mayor precio) que en este caso es el acero AISI 316 (de alta protección contra la corrosión marina) y por ello en nuestra oferta se ha licitado con ese material y no con los otros de menor calidad y precio.

Durante la consulta de la documentación técnica aportada por CONSTRUCCIONES GLESA, SA se pudo comprobar que esta empresa ha ofertado buzones de Acero INOX AISI 304 y en el caso del Papel y Cartón de cuerpo de chapa de acero decapada S-235-JR y cajón de acero inoxidable AISI 304.

Dicha circunstancia ha hecho que la empresa CONSTRUCCIONES GLESA, SA concurriese con unos costes menores y por ello obtuviese una ventaja competitiva injusta.”

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos de la recurrente y, en lo que aquí nos interesa, manifiesta lo siguiente:

“A la vista de que la controversia es única y exclusivamente de índole técnico, el presente informe jurídico se sustenta sobre los argumentos técnicos de la Jefa del Servicio de Limpieza (...), que justifican la decisión de la Mesa de Contratación, y por consiguiente el acuerdo de adjudicación del contrato a favor de CONSTRUCCIONES GLESA S.A. (...)

I.- En la licitación no se ha exigido presentación de oferta técnica ni criterios cuantificables mediante juicio de valor, y si económica y de valoración matemática o automática, por lo que la adjudicación ha recaído a favor de la empresa que de forma objetiva ha obtenido la mayor puntuación en estos criterios de adjudicación. En dichos criterios no se han considerado ningún aspecto técnico a valorar que permita cotejar en esta fase si la oferta presentada por dicha



empresa se adecua a las determinaciones contenidas en el pliego de prescripciones técnicas, por consiguiente y atendiendo a la puntuación total obtenida, CONSTRUCCIONES GLESA S.A es la candidata a la que legalmente y sin ningún margen de discrecionalidad corresponde la candidatura a la adjudicación del contrato, lo que resulta incuestionable.

II.- El acuerdo de adjudicación del contrato se ha adoptado respetando los principios rectores de la contratación de igualdad de trato, libre concurrencia, competencia y transparencia, y el requisito de motivación exigible a los actos dictados en el ejercicio de la facultad discrecional en orden a la valoración (en este caso) del cumplimiento de las condiciones de solvencia técnica establecidos en el pliego para garantizar que la empresa propuesta para la adjudicación posee las características económicas y técnicas que les permitan ejecutar con garantías y de forma adecuada la prestación contractual.

(...)

SOTKON SP pretende descalificar la evaluación y aceptación por el órgano de contratación de la solvencia técnica de CONSTRUCCIONES GLESA, sin ofrecer justificación ni razón alguna que permita considerar que dicha evaluación que conlleva a la adjudicación del contrato sea errónea o arbitraria por infringir o incumplir de forma manifiesta el pliego de Prescripciones Técnicas, (...)

Como se puede apreciar las características de los buzones comercializados por la empresa adjudicataria que refiere el recurrente y las establecidas en el pliego técnico que se indican a continuación, son coincidentes:

(...)

III.- En cuanto a que existe contradicción en el pliego de prescripciones técnicas en relación a las calidades de los aceros exigibles a los buzones, procede señalar que fuera de los supuestos de nulidad de pleno derecho, no cabe la impugnación indirecta de los pliegos de forma extemporánea con ocasión de la adjudicación del contrato, una vez presentada la oferta y aceptado el contenido de los mismos, pues esperar a la adjudicación para invocar dicha supuesta contradicción tras no resultar seleccionado, y que de existir podía haber conocido e invocado desde el momento en que tuvo acceso al pliego, supone una actuación que vulnera el principio “venire contra factum proprium non valet” y el de buena fe, además de oportunista, si con ello se pretende anular un proceso de adjudicación en el que no ha resultado seleccionado con el fin de situarse como candidata a la adjudicación.

IV.- En el pliego de prescripciones técnicas están suficientemente determinadas las calidades y características de los productos y materiales a suministrar e instalar, siendo así que el pliego de prescripciones técnicas se ha diseñado en función de las necesidades a cubrir y dentro de la libertad y autonomía de la que goza el órgano de contratación para definir el objeto del contrato, por consiguiente es al órgano de contratación y no el operador económico, al que corresponde establecer el nivel mínimo de calidad exigible a los productos para satisfacer las necesidades públicas, mediante la descripción de las determinaciones, parámetros y características técnicas que deben observar dichos productos; (...)

El principio de interpretación mas favorable que según la recurrente debe prevalecer en la adjudicación del contrato a favor de la oferta de mayor calidad y mayor precio (que considera la suya), con motivo de la supuesta ambigüedad del pliego, carece de todo sustento legal, si con ello se pretende excepcionar o desviar la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el pliego, que además en este caso no contemplan la calidad o características técnicas como criterio de valoración. (...)

Por consiguiente procede concluir que la adjudicación del contrato a favor de CONSTRUCCIONES GLESA es procedente y fundada en derecho y por consiguiente el acuerdo que se adopta en este sentido, careciendo de fundamento el recurso interpuesto por SOTKON SP SLU.”



Asimismo, en el informe al recurso emitido por la Jefa del Servicio de Limpieza -citado anteriormente- se subraya que tanto SOTKON como el resto de las licitadoras dispusieron del tiempo suficiente para realizar las consultas y esclarecimientos de dudas que podría haber en relación con el PPT y, sin embargo, no se hicieron, por lo que consideran que la pretensión del recurso podría considerarse improcedente al no haber impugnado en su momento el PPT.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Por lo tanto, la controversia planteada por la recurrente radica en esclarecer si la oferta de la entidad GLESA incumple las exigencias técnicas del PPT de tal manera que debiera ser excluida de la licitación.

Pues bien, es oportuno acudir a lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) que, en su apartado 15, relativo a la documentación integrante de las proposiciones, indica que éstas se presentarán en dos sobres o archivos electrónicos, el sobre 1 referido a la declaración responsable conforme al formulario único europeo de contratación (DEUC) y el sobre 2 referido a la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas matemáticas (oferta económica).

En cuanto a la apertura del sobre 2, establece el PCAP en su apartado 18 que la mesa procederá a la apertura y valoración de la oferta económica y formulará la propuesta de adjudicación que estime pertinente al órgano de contratación.

A continuación, el apartado 20, referido a la adjudicación del contrato, dispone:

“El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la mejor oferta para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación administrativa que se relaciona en el Anexo III, acreditativa de los requisitos de capacidad y solvencia requeridos para acceder a la adjudicación del contrato.

(...)

El órgano de contratación, con la asistencia de la Mesa de contratación, calificará la documentación presentada (Anexo III), a los efectos de determinar si el licitador propuesto o seleccionado reúne los requisitos de capacidad, solvencia y ausencia de prohibición de contratar requeridos para acceder a la adjudicación del contrato.”

Por su parte, el anexo I del PCAP, en su apartado referido a los requisitos específicos y adicionales de capacidad y solvencia, indica que, con respecto a la solvencia económica y técnica o profesional, será la establecida en el anexo III.

Así, el citado anexo III, referido a la documentación a presentar para la adjudicación del contrato, dispone que la solvencia técnica o profesional del empresario en los contratos de suministro -de acuerdo con el artículo 89 de la LCSP- se acreditará por los siguientes medios de forma acumulativa:

“1) Aportando una relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.

(...)

2) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad contratante.



Será necesario aportar descripciones y fotografías de los equipos a suministrar e instalar.”

Por otro lado, el PPT con respecto al lote 2 -implantación de nuevos contenedores soterrados- detalla la composición y tipología de los mismos, así como sus características técnicas. En concreto, en su apartado 5º, relativo a la instalación y renovación de soterrados, indica las unidades, condiciones y características de los distintos contenedores -refiriendo que se fabricarán en AISI-316- y, posteriormente, en su apartado 6º, realiza un detalle pormenorizado de las características, modelos y dimensiones de los referidos buzones exteriores de la siguiente forma:

“Las medidas y los modelos de los buzones exteriores de los equipos de contenedores soterrados a implantar serán similares y atenderán a las siguientes especificaciones, características, modelos y dimensiones:

6.1.- Buzones exteriores destinados a residuos ORGÁNICOS Y ENVASES

(...)

** Cuerpo de 580 mm de diámetro, construido en chapa de Acero Inox. 304 de esp. 2mm. De espesor y reforzado en boca de carga y zona de amarre del mismo, sometido a un proceso de decapado, chorreado y pasivado para una adecuada resistencia a la corrosión.*

** Tapa fabricada en Acero Inox. 304 de esp. 3mm. La tapa realiza la apertura manualmente mediante una bisagra, con una abertura útil de carga de 550mmx450mm, incorpora:*

(...)

6.2.- Buzones destinados al depósito de PAPEL-CARTÓN

(...)

** Cajón en acero inoxidable AISI 304 TIPO satinado de 1,5 mm de espesor y capacidad 96 a 146L. Incluye sistema de bloqueo.*

(...)

6.3.- Buzones destinados al depósito de VIDRIO

(...)

** Cuerpo de 580 mm de diámetro, construido en chapa de Acero Inox. 304 de esp. 2mm. De espesor y reforzado en boca de carga y zona de amarre del mismo, sometido a un proceso de decapado, chorreado y pasivado para una adecuada resistencia a la corrosión.*

** Tapa fabricada en Acero Inox. 304 de esp. 3mm. La tapa realiza la apertura manualmente mediante una bisagra, con una abertura útil de carga de 550mmx450mm, incorpora:*

(...)”

Pues bien, como podemos observar existe incongruencia, en cuanto a la clasificación del acero inoxidable en el que se han de fabricar los contenedores, entre lo indicado en los apartados 5º y 6º del PPT. Al respecto, debemos realizar las siguientes consideraciones:

1- El apartado 5º refiere las características de los contenedores a través de un cuadro compuesto por dos columnas, la primera referida al número de unidades de contenedores -esta columna se denomina “cantidades”- y la segunda con la descripción de las tareas que comprenden el suministro y sus características generales -esta columna se denomina “descripción”-.

2- El apartado 6º se dedica, exclusivamente, a definir las características de los contenedores o buzones exteriores. Se expresan las especificaciones, características, modelos y dimensiones de los mismos, acompañándose las referidas cualidades de dibujos para visualizar su aspecto final. Por lo que, cualquier oferta que se adecúe a dichas características ha de considerarse correcta, no siendo admisible la exclusión fundamentada en este motivo



como pretende la recurrente. Es más, lo más razonable es interpretar que es este apartado 6º el que debe prevalecer frente a cualquier otro por su particularidad y concreción y, además, porque de este modo se está favoreciendo el principio de concurrencia de licitadoras.

3- La contradicción existente entre el apartado 5º y el 6º del PPT, que expone la recurrente en este momento a través de su escrito de recurso, pudo haberse puesto de manifiesto en el momento en el que era posible la impugnación de los pliegos, pues transcurrido dicho plazo el contenido de los mismos deviene firme para las partes y la presentación de la proposición por el empresario supone la aceptación incondicionada de la totalidad de sus cláusulas, sin salvedad o reserva alguna, tal como se dispone en el artículo 139 de la LCSP. Sin olvidar que se podrían haber solicitado al órgano de contratación las aclaraciones pertinentes, debe valorarse que la contradicción expuesta no ha resultado un impedimento para que las entidades licitadoras hayan podido realizar su propuesta económica -tanto la adjudicataria como la recurrente- bajo su responsabilidad y en función de las características del suministro e instalación objeto de su oferta.

4- Por último, cabe indicar que, aceptada la firmeza y validez del PPT al no haber sido impugnado en su momento, cualquier oferta presentada de acuerdo al tenor del apartado 6º del mismo ha de ser válidamente admitida. Por lo que el proceder de la mesa de contratación, en cuanto al tema que analizamos, ha de considerarse ajustado a los pliegos que son la ley del contrato. En este sentido, es oportuno recordar que la posibilidad de que los pliegos generen confusión o ambigüedad -tal como sostiene la recurrente- nunca puede perjudicar a las entidades licitadoras y en este caso a la adjudicataria. Así lo viene reconociendo este Tribunal en sus resoluciones, valga por todas la Resolución 128/2015, de 7 de abril, que anuló el acuerdo de exclusión de una oferta señalando que «(...) las cláusulas de los pliegos deben ser claras y precisas y no deben generar confusión a los licitadores a la hora de formular sus ofertas, de acuerdo con una reiteradísima jurisprudencia –SSTS de 19 de marzo de 2001, de 8 de junio de 1984 y de 13 de mayo de 1982-, según la cual, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades y en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil sobre interpretación de los contratos, cuyo artículo 1.288 preceptúa que “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad”».

Por tanto, este Tribunal considera que procede desestimar el recurso interpuesto.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SOTKON SP, S.L.U.** contra la adjudicación del contrato denominado “Suministro e instalación de contenedores soterrados de residuos” (Expte.064/2020-CONTR), respecto del lote 2, promovido por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga).

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.

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.

