Recurso 452/2021
Resolución 39/2022

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

Sevilla, 21 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FABRICADOS ELECTROMECÁNICOS ESTEVEZ FABREZ, S.L.** contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Nerja, de 30 de agosto de 2021, por el que se adjudica el contrato denominado "Suministro e instalación de contenedores soterrados en el paseo de la playa de Burriana del municipio de Nerja" (Expte. 2021/8/S252), promovido por dicho Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 de junio 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 de esta resolución, con un valor estimado de 191.675 euros.

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 acuerdo de 30 de agosto de 2021, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Nerja, acordó adjudicar el contrato mencionado en el encabezamiento a la entidad INNOVATECNIC XXI, S.L., (en adelante INNOVATECNIC).

SEGUNDO. El 22 de septiembre de 2021, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por FABRICADOS ELECTROMECÁNICOS ESTEVEZ FABREZ, S.L. (en adelante ESTEVEZ FABREZ) contra el referido acuerdo de 30 de agosto, el cual fue remitido a este Tribunal junto con la documentación necesaria para su tramitación y resolución, donde se recibió el 29 de septiembre de 2021.

Mediante resolución de 21 de octubre de 2021 este Tribunal acordó levantar la suspensión automática del procedimiento de licitación a solicitud del órgano de contratación.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por INNOVATECNIC en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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 Nerja (Málaga) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, 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 dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios 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.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, el acuerdo recurrido se publica anuncio de adjudicación en el perfil del contratante y se remite la notificación de la misma el 2 de septiembre de 2021, por lo que el recurso presentado el 22 de septiembre 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. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

1. Alegaciones de la recurrente.

En su escrito de recurso, la recurrente solicita que este Tribunal deje *"sin efecto la adjudicación a INNOVATECNIC XXI SL, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la valoración ordenando estar y pasar por la que finalmente quede evidenciada en el presente procedimiento a fin de dictar nueva resolución de la adjudicación, en su caso a FABRICADOS ELECTROMECANICOS ESTEVEZ FABREZ SL,*

2. Al amparo de lo prevenido en el artículo 56.4 de la LCSP, habiendo solicitado el recibimiento a prueba pericial a fin de que por ingeniero industrial se verifique la efectiva realidad de la valoración de las ofertas técnicas de INNOVATECHNIC XXI SL, FABRICADOS ELECTROMECANICOS ESTEVEZ FABREZ SL determinando en su caso nuevo valor efectivo conforme al pliego.".

La recurrente, cuya oferta queda clasificada en segundo lugar, interpone el presente recurso contra el acuerdo de adjudicación del contrato a INNOVATECNIC por considerar que "*existe, conforme al estado de la ciencia y la tecnología, error manifiesto en la valoración de la oferta presentada por FABREZ en relación a INNOVATECCNIC XXI SL el apartado referente a Especificaciones Técnicas".* En definitiva, cuestiona la valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor de su oferta contenida en el informe técnico y admitida por la mesa y por el órgano de contratación.

Por otra parte, reprocha al órgano de contratación que el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) deja *"constreñida la extensión justificativa de la Oferta Técnica a un máximo de seis (6) folios impidiendo a las empresas licitantes el desarrollo razonable de las características del producto a ofertar, cuestión que luego en la evaluación de las mismas se han considerado "incumplimientos" de las Especificaciones Técnicas del PPT.".*

2. Argumentos de oposición del órgano de contratación contenidos en el informe al recurso.

El órgano de contratación en su informe al recurso mantiene que *"los argumentos esgrimidos por la recurrente en su escrito no dejan de ser una apreciación técnica paralela a la efectuada por el órgano evaluador en el curso del procedimiento de adjudicación, apreciación que no puede prevalecer sobre el juicio emitido por dicho órgano especializado, cuyo razonamiento técnico goza de una presunción iuris tantum de acierto y razonabilidad, que solo puede desvirtuarse si se acredita infracción o el desconocimiento del proceder razonable, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.".*

3. Argumentos de la entidad interesada.

Por su parte, la entidad adjudicataria formula sus alegaciones solicitando que se confirme la resolución de adjudicación del contrato a su favor, argumentando, en resumen con apoyo doctrinal y jurisprudencial, que:

- La recurrente *"está planteando, en realidad, un recurso contra el pliego de prescripciones técnicas aunque de forma indirecta, bajo la excusa de una pretendida valoración incorrecta su oferta",* cuando no los impugnó en el plazo correspondiente y los aceptó al presentar su oferta.

- La recurrente pretende subsanar y completar su oferta en vía de recurso, al anexar al mismo la *"planificación preparada para la oferta, que dice haber desarrollado, pero que no tuvo espacio para aportar.".*

- La recurrente pretende sustituir el criterio de la comisión evaluadora por el suyo propio.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la extensión de la memoria técnica.

Al analizar las alegaciones de la recurrente comenzaremos por la relacionada con las exigencias de los pliegos respecto de las características formales de la memoria descriptiva de las especificaciones técnicas contenidas en la cláusula 18.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y en el apartado 11.B.1 del PPT:

"Máximo 6 páginas, formato A4. Tipo de letra Century Gothic, tamaño 10."

La recurrente considera que dicha cláusula impide *"a las empresas licitantes el desarrollo razonable de las características del producto a ofertar, cuestión que luego en la evaluación de las mismas se han considerado "incumplimientos" de las Especificaciones Técnicas del PPT.*

De no existir tal limitación, hubiese evitado la interposición del presente recurso; por consiguiente se antoja necesario indicar que resulta cuando menos extravagante que un Concurso Público de un importe como el que aquí nos ocupa, se desarrolle con el elevado nivel de simplificación de análisis de la evaluación llevada a cabo en este caso, lo que permite afirmar, desgraciadamente, que peca de falta de transparencia.".

Al respecto, este Tribunal considera que, como afirma el órgano de contratación en su informe al recurso, ante las consideraciones de la recurrente expuestas en el anterior fundamento de derecho, ésta *"pudo haber interpuesto en su momento un recurso especial, de conformidad con el artículo 44.2.a) de la LCSP, contra los pliegos en lugar de alegar posteriormente dicha causa en su recurso cuando la valoración de la oferta técnica no ha respondido a sus expectativas.".*

Puesto que no consta que la recurrente ni ninguna otra licitadora haya interpuesto recurso alguno contra los pliegos, estos han devenido firmes, y constituyen la ley del contrato que han aceptado, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP.

Al efecto, se ha de recordar el contenido del citado artículo de la LCSP que dispone *"1. 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, (…)"*. En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal, los pliegos que rigen el contrato son "lex inter partes" o "lex contractus" y vinculan a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, y al propio órgano de contratación.

Este Tribunal, en numerosas ocasiones (v.g. Resolución 330/2020, de 8 de octubre y 372/2020, de 6 de noviembre, entre otras) se ha pronunciado en ese sentido sobre la doctrina sobre la inatacabilidad de los pliegos, pues, en caso contrario, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras la elección del momento procedimental en que resultaría posible denunciar los vicios de los pliegos, pudiéndose dar la circunstancia de que una licitadora impugne los mismos, una vez concluida la licitación, por la única razón de haber sido excluida o no resultar adjudicataria.

Por otra parte, todas las licitadoras han tenido las mismas limitaciones al elaborar las respectivas memorias técnicas, por lo que la valoración de la oferta de la recurrente no ha sufrido detrimento respecto a la de las otras licitadoras a consecuencia de la cláusula que venimos examinando.

Por todo ello, se han de desestimar las alegaciones de la recurrente en relación con las cláusulas de los pliegos antes mencionadas.

2. Sobre el error en la valoración de su oferta.

No obstante el principal motivo de recurso es el error manifiesto en el que, que a su entender, ha incurrido el técnico al valorar en su oferta los criterios de adjudicación evaluables mediante juicios de valor.

Estos criterios están recogidos en la cláusula 21 del PCAP "CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO", que dispone :

"B. - Criterios Evaluables de Mediante Juicios de Valor (máximo 25 puntos)

En el documento de Memoria técnica descriptiva aportado se valorará hasta un máximo de 25 puntos: el grado de conocimiento del suministro e instalación, y la viabilidad e idoneidad de las obras, según la memoria descriptiva, teniendo en cuenta la coherencia técnica y racionalidad de las previsiones consideradas. Se valorará la justificación de la metodología indicada para la ejecución de los trabajos, su coherencia, el buen conocimiento que de ello se denote, y de la zona donde se realizará el suministro e instalación de los equipos y de otros condicionantes. Se valorará también la coherencia de la planificación con los equipos materiales y humanos descritos en la memoria. Se asignará la puntuación en función del grado de detalle, conocimiento, desarrollo y adecuación de los estudios y propuestas presentados.".

En el mismo sentido aunque en diferentes términos se recogen los criterios evaluables mediante juicio de valor en el apartado 11.B.1 del PPT.

En cuanto a las especificaciones técnicas de los equipos a instalar, se detallan en el apartado 3 del PPT:

"3.- ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LOS EQUIPOS A INSTALAR SOTERRADOS DE CARGA TRASERA

Se tratan de plataformas hidráulicas para albergar contenedores de hasta 1300 litros galvanizadas en caliente por inmersión según la norma UNE-EN-ISO- 1461. Constan de una estructura interior realizada con perfil normalizado y tubo estructural de dimensiones mínimas 90 x 90 x 1.5 mm, solidaria con la plataforma superior mediante tubos telescópicos que permite un desnivel de hasta un 8% existente en la acera.

La plataforma se eleva y desciende mediante dos cilindros de simple efecto de dimensiones mínimas 90 mm de DIÁMETRO de camisa y 60 mm de DIÁMETRO de vástago, alimentados a través de enchufe rápido, siendo estabilizada mediante una tijera fabricada en tubo estructural de dimensiones mínimas 80x60x5 mm, que se fija al bastidor de inferior por un extremo y se desplaza libre por el otro mediante ruedas metálicas sobre un raíl.

Los buzones están fabricados en chapa de acero galvanizado en caliente por inmersión según la norma ISO 1461 de 3mm de espesor. Las compuertas de introducción están suspendidas en rodamientos de bronce para facilitar su deslizamiento con amortiguadores Stabilus o similar y llevará unas gomas ajustadas al buzón para insonorizar el cierre. Toda la tornillería usada en la fabricación es tipo anti-vandálica y fabricada en acero inoxidable. Estarán pintados con pintura Epoxi en polvo, polimerizada en horno a 200º C, de aplicación electrostática, y de espesor mínimo 100 micras. Previamente las superficies han sido preparadas mediante túnel automático de fosfatado y desengrase, aclarado y pasivado, aplicando a todas las superficies una capa de imprimación líquida.

Incluye arqueta prefabricada de hormigón de calidad HA-35 fabricada en una sola pieza de con mallazo de acero varilla 14-21 de Ø 12 mm. y calidad B- 500S."

El informe técnico del Servicio de infraestructuras del órgano de contratación otorga un total de 13 puntos a la oferta de la recurrente en los criterios de adjudicación mencionados, con las siguientes observaciones:

"Estévez-Fábrez. (13 Ptos)

En las especificaciones técnicas incumple:
a) El material designado en el pliego de los buzones.
b) La estructura en la que se emplazan los contenedores.
c) Las dimensiones de los perfiles de acero de la plataforma peatonal.
d) La capacidad de los contenedores.
En la obra civil a realizar se hace una descripción sucinta entendible.
No se aporta planificación y empleo de los equipos materiales y humanos descritos en la memoria.".

Frente a esta valoración, en relación al material de fabricación de los buzones, la recurrente en su escrito de recursos alega que *"Las ventajas del producto ofertado sobre el demandado son más que obvias para cualquier técnico especialista, sin embargo inexplicablemente es descartada"*, admitiendo que los ofertados por ella están *"fabricados en acero inoxidable calidad AISI-304, de 3 [mm] de espesor, con tratamiento de pasivado y pintura exterior según RAL que indique el Cliente",* incumpliendo así las especificaciones técnicas.

En relación con la estructura en la que se emplazan los contenedores y con las dimensiones de los perfiles de acero de la plataforma peatonal, alega que *"los equipos ofertados cumplen y en algunos casos superan los requerimientos demandados en el Pliego de Prescripciones Técnicas; tal es el caso de la magnitud del Margen de Inclinación de la Plataforma que supera en más del doble a los demandado en el Pliego, al mismo tiempo que las dimensiones de la estructura de la Plataforma Superior Ofertada es más resistente, estructuralmente hablando, que la demandada en el Pliego",* incumpliendo igualmente las especificaciones técnicas.

Y en relación con la capacidad de los contenedores, alega que *"No existe en el mercado contenedores para sistema de recogida tipo Carga Trasera, de 1300 litros como lo indica el PPT. (…) De manera que este tipo de contenedores existente en el mercado en ningún caso supera los 1100 litros de capacidad que fue lo que ofertó FABREZ."*

Como se puede observar, las características técnicas de la oferta de la recurrente no se atienen a las previstas en los pliegos a pesar de que la cláusula 19 del PCAP sobre la posibilidad de variantes establece que *"No se admitirá la presentación de variantes con respecto a las condiciones fijadas por este Ayuntamiento para el contrato, por lo que, en caso de que éstas sean presentadas por los licitadores, no serán tenidas en consideración.".*

A la vista de lo expuesto, se observa que lejos de justificar que su oferta no incumple las especificaciones técnicas como indica el informe técnico, la recurrente basa sus alegaciones en que las características técnicas de su oferta son superiores a las demandadas por el órgano de contratación en los pliegos que rigen la licitación.

Estas alegaciones han de ser desestimadas, pues como afirma el órgano de contratación en su informe al recurso «*la definición de las características técnicas de los productos que se desean adquirir se establecen de forma discrecional por el órgano de contratación, respetando los principios de igualdad y concurrencia, sin que resulte admisible que dichas especificaciones técnicas sean sustituidas a elección de los licitadores, que deben ajustar sus proposiciones a las prescripciones técnicas determinadas en los pliegos, que son "ley del contrato"».*

En este sentido se viene pronunciando este Tribunal en numerosas resoluciones, así en nuestra Resolución 344/2021, de 23 de septiembre, señalábamos lo siguiente:

«(…) debe partirse de lo dispuesto en el artículo 126. 1 de la LCSP conforme al cual "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". Así pues, siendo la concurrencia e igualdad de trato principios básicos de la contratación pública conforme al artículo 1 del citado texto legal, el respeto a tales principios en el establecimiento de las prescripciones técnicas es un postulado legal indiscutible; no obstante, tampoco debe olvidarse que lo que se proscribe legalmente es el establecimiento de restricciones u obstáculos injustificados a la concurrencia o dicho de otra manera, el precepto legal no impide que, con una justificación adecuada, concreta y ajustada a las necesidades públicas que el contrato ha de satisfacer conforme al artículo 28.1 de la LCSP, se puedan establecer prescripciones técnicas no accesibles a todas las potenciales licitadoras.

En el sentido expuesto, es doctrina acuñada por este Tribunal (v.g. Resoluciones 401/2020, de 19 de noviembre y 8/2021, de 21 de enero, por citar algunas de las más recientes) que el órgano de contratación goza de discrecionalidad en la configuración de la prestación y de sus características técnicas, siempre y cuando las mismas encuentren adecuado fundamento y justificación en las necesidades y fines perseguidos por la contratación proyectada. Como señalábamos en nuestra Resolución 401/2020, de 19 de noviembre, reiterando a su vez doctrina previa de este Órgano, "es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores».

También cuestiona la recurrente la observación del informe técnico sobre la "*Descripción de la obra civil a realizar"* por entender que *"se destaca como un incumplimiento"*, sin que de la redacción del mismo, antes transcrito, pueda concluirse tal extremo, por cuanto el informe técnico destaca como incumplimientos los que enumera en los apartados a) a d).

Por último, la recurrente acepta que, como afirma el informe técnico, "*No se aporta planificación y empleo de los equipos materiales y humanos descritos en la memoria",* insistiendo en que *"la restricción del volumen de la Oferta, por requerimientos del Pliego de Prescripciones Administrativas impedía ser explícito en este asunto",* aunque afirma que lo *"desarrolló oportunamente, mas no fue posible incluirlo en la Oferta",* y lo incluye en el propio recurso, indicando que *"Se adjunta, la Planificación preparada para la Oferta, no para negar el incumplimiento señalado, sino para evidenciar que el capítulo fue desarrollado, implementando la vasta experiencia acumulada por FABREZ en la realización de este tipo de proyectos.".*

Tampoco en relación con este último aspecto de la valoración de su oferta, la recurrente logra desvirtuar el contenido del informe técnico admitiendo que no incluyó una información que debía ser valorada.

A la vista de lo expuesto, este Tribunal no aprecia el error manifiesto en la valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, alegado por la recurrente, por lo que procede desestimar las alegaciones analizadas y con ello el recurso especial interpuesto.

En cuanto a la práctica de la prueba pericial solicitada por la recurrente, debe ser rechazada, dadas las razones que han llevado a la desestimación del recurso, pues ningún informe pericial podría constatar que la oferta de la recurrente cumple las especificaciones técnicas demandadas por el órgano de contratación, estimándose innecesario dado que este Tribunal con la documentación contenida en el procedimiento de recurso, ha podido ilustrarse suficientemente para examinar y resolver la controversia.

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 **FABRICADOS ELECTROMECÁNICOS ESTEVEZ FABREZ, S.L.** contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Nerja, de 30 de agosto de 2021, por el que se adjudica el contrato denominado "Suministro e instalación de contenedores soterrados en el paseo de la playa de Burriana del municipio de Nerja**"** (Expte. 2021/8/S252), promovido por dicho Ayuntamiento.

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.