Recurso 298/2022
Resolución 432/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 26 de agosto de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ECO WC, S.L.** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro por lotes de módulos de aseo y parque infantil para el Ayuntamiento de Manilva, con cargo al PIM 2022» (Expte. 319/2022), convocado por la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de julio de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 19 de julio de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 234.264,20 euros. Asimismo, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 18 de julio de 2022.

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 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 28 de julio de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ECO WC, S.L. (en adelante la recurrente) contra los pliegos. En el escrito de recurso se solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 28 de julio de 2022, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado tras reiteración fue recibido en este Órgano el 9 de agosto de 2022.

El 4 de agosto de 2022 mediante resolución de este Tribunal se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

Posteriormente, el 16 de agosto de 2022, la Secretaría del Tribunal requiere al órgano de contratación para que aporte el listado de entidades licitadoras con los datos necesarios a efecto de notificaciones, que fue recibido el 18 de agosto de 2022

Por último, dicho día 18 de agosto de 2022, por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna.

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 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación. En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente denunciando determinados aspectos relativos al lugar de entrega y al plazo de ejecución ponen de manifiesto que los pliegos restringen o dificultan sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra los pliegos en 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.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, los pliegos fueron publicado en el perfil del contratante el 18 de julio de 2022, por lo que el recurso presentado el 28 de julio de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Sobre la nulidad de lo dispuesto para la recepción y entrega del suministro.

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que con estimación de mismo se acuerde la:

«- Nulidad de la cláusula "XVIII.- ENTREGA Y RECEPCIÓN" del pliego de cláusulas administrativas; y de la estipulación 7.1 del pliego de prescripciones técnicas, con los efectos inherentes a tal declaración. Subsidiariamente, la anulabilidad de la cláusula con los efectos inherentes a tal declaración. Debiendo en todo caso, determinarse por el órgano de contratación el lugar de entrega de los módulos.

- Nulidad de la cláusula "XVII.- PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO" del pliego de cláusulas administrativas; así como la puntuación de 20/30 puntos por "reducción del plazo de entrega en 28 días naturales" recogidos en la página 31 del referido pliego, con los efectos inherentes a tal declaración. Subsidiariamente, la anulabilidad de la cláusula con los efectos inherentes a tal declaración. Debiendo en todo caso ampliarse el plazo de entrega a 90 días.».

Sobre la nulidad de lo dispuesto para la recepción y entrega del suministro, cuestiona la entidad en su recurso parte de la cláusula XVIII del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y la 7.2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT). El tenor de las mismas es el siguiente:

«XVIII.- ENTREGA Y RECEPCIÓN
A).- El contratista está obligado a entregar, o poner a disposición, los bienes objeto de este contrato, en el lugar que determine la Mancomunidad dentro del plazo indicado en perfecto estado de funcionamiento, y en la forma que establezcan los Pliegos de Prescripciones Técnicas. Los gastos de instalación, entrega y transporte de los citados bienes hasta el lugar indicado serán por cuenta del contratista.
(...)».

«7.3.-Condiciones de entrega del material.
El material será entregado en el municipio de Manilva, recepcionado por los servicios técnicos de la Mancomunidad de Municipios y con el visto bueno del representante del Ayuntamiento. La ejecución de la cimentación de los módulos de aseos, si fuera necesaria, será a cargo del Ayuntamiento. Correrán a cargo del ayuntamiento además las conexiones necesarias para el suministro de agua potable y electricidad.».

Por otra parte, y en lo que aquí concierne, conforme a la cláusula 2 del PPT, el suministro se divide en dos lotes, el primero denominado *"módulos de aseos"* y el segundo *"parque infantil"*. Asimismo, en la cláusula 3 del citado pliego se establecen las características que han de reunir dichos lotes y en la 5 que el lote 1 consta de 15 módulos de aseo y el lote 2 una unidad de suministro e instalación de parque infantil.

Por último, en la cláusula 7.1 de dicho pliego se indica lo siguiente: *«7.1.-Facultades de la Administración en el proceso de fabricación. La Administración tiene la facultad de inspeccionar y de ser informada del proceso de fabricación o elaboración del producto que haya de ser entregado como consecuencia del contrato, pudiendo ordenar o realizar por sí misma análisis, ensayos y pruebas de los materiales que se vayan a emplear, establecer*

sistemas de control de calidad y dictar cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido.».

Acto seguido, la recurrente afirma que se desconoce la ubicación de cada uno de los 15 módulos de aseo, por lo que no es posible constatar si son de fácil o de difícil acceso, o por ejemplo si necesitan de una maquinaria específica para ello.

En este sentido, señala la recurrente textualmente que *«Nos encontramos ante la indeterminación de un elemento esencial como es el lugar de entrega, careciendo de transparencia en cuanto a los costes de prestación del servicio, y dificultando enormemente la presentación de ofertas. La determinación del lugar de entrega del contrato exige que estén suficientemente identificados al momento de iniciarse el procedimiento de adjudicación, sin que dicha identificación pueda quedar supeditada a decisiones posteriores, máxime cuando se trata de unos parámetros perfectamente identificables, pues el órgano de contratación conoce el destino de los módulos objeto del contrato. Todo ello, influye de forma determinante e inequívoca, no de forma somera o relativa, en el coste y por ende en la oferta.»*.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala el informe al recurso que de la propia lectura del recurso consta que la recurrente conoce el lugar de entrega, en Manilva, municipio mancomunado que será el que reciba el suministro. Es más consta en el propio pliego, que en ningún caso se le obligará a realizar la entrega en 15 ubicaciones distintas como presume, más bien al contrario, existiendo una mejora consistente en la descarga y transporte desde el camión hasta su localización definitiva, es evidente que solo en el caso de haber ofertado aquella mejora, vendrá obligado a su colocación en la ubicación que los técnicos del Ayuntamiento de Manilva designen. En tal sentido, resulta de aplicación el artículo 300 de la LCSP que determina en su apartado 1º que *«el contratista está obligado a entregar los bienes objeto del suministros en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.»*. Que en este caso, lo han sido en Manilva.

3. Consideraciones del Tribunal.

Como se ha expuesto, la recurrente denuncia que se desconoce la ubicación de cada uno de los 15 módulos de aseo (lote 1), por lo que no es posible constatar si son de fácil o de difícil acceso, o por ejemplo si necesitan de una maquinaria específica para ello.

Sin embargo, en el anexo II del PPT, denominado localización, se contienen 8 páginas en las que aparecen impresas en cada una de ellas una imagen vía satélite de parte de la playa de Manilva, en donde se insertan hasta 15 puntos rojos que representan la ubicación de cada módulo, y una impresión más también de una imagen vía satélite de la citada playa en la que se señala con un punto rojo la ubicación del parque infantil.

En este sentido, dichas imágenes permiten localizar sin ningún género de dudas la ubicación exacta de cada uno de los módulos de aseo y del parque infantil, así como la forma de acceder a los mismos.

En definitiva, no es posible dar la razón a la recurrente pues una entidad licitadora razonablemente informada y normalmente diligente, no tendría la más mínima duda de la ubicación donde han de entregarse todos y cada uno de los módulos de aseo y del parque infantil.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el primer motivo del recurso.

SEXTO. Fondo del asunto. Sobre la nulidad de lo dispuesto para la ejecución del contrato y sobre la reducción del plazo de entrega.

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

En esta alegación, cuestiona la recurrente en su recurso el contenido de la cláusula XVII y parte de los anexos II y III, del PCAP. El tenor del mismo es el siguiente:

«XVII.- PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO
El plazo máximo para el suministro de los bienes definidos se estima en 60 días naturales contados a partir de la fecha de formalización del contrato o documento análogo.».

«ANEXO II
Criterio 2: Reducción de plazo: Oferto la reducción del plazo de entrega en 28 días naturales.
LOTE 1
Indicar SI o NO(Tachar lo que no proceda). En caso de no indicar nada, se entiende que no lo oferta.
LOTE 2
Indicar SI o NO(Tachar lo que no proceda). En caso de no indicar nada, se entiende que no lo oferta.».

«ANEXO III
Disminución del plazo de entrega en 28 días naturales 30 puntos [lote 1] 20 puntos [lote 2]».

Al respecto, la recurrente afirma que el exiguo plazo otorgado para el suministro de una partida tan amplia (15 módulos) que, además, requieren de una materia prima y unas prescripciones técnicas muy específicas, esto es una fabricación exclusiva a gusto y necesidades del órgano de contratación, sólo puede obedecer a que dicho órgano cuente de antemano con que alguna de las empresas licitadoras sí podrá cumplir con el breve plazo establecido. En este sentido, indica que es bien sabido, que existen empresas que ofertan fuera del procedimiento legal sus productos a las Administraciones Públicas y que éstas no pueden contratar con ellas fuera del procedimiento legal; al efecto, se inicia el procedimiento correspondiente en el que, tanto el pliego de prescripciones técnicas, como el de cláusulas administrativas, se elaboran *"ad hoc",* es decir, las prescripciones técnicas son verdadera y propiamente descripciones del producto ofertado previamente por la empresa a la Administración; y el pliego de cláusulas administrativas, especialmente las relativas al plazo y la entrega, condiciones favorables a la empresa en cuestión, situándola en una situación de ventaja y privilegio respecto al resto, siendo ésta la única capaz de cumplir con los plazos de entrega exigidos por la Administración.

En el presente caso, señala que la fabricación y colocación de 15 módulos en 60 días es casi imposible para todas las empresas del sector. A mayor abundamiento, afirma que en el sector de las construcciones modulares de madera (aseos, módulos de salvamento, módulos socorrismo), es casi imposible que una empresa tenga un stock de 15 módulos; pueden tener sus construcciones estándares, pero no 15 módulos con las características exigidas por el órgano de contratación. Al respecto, cada Administración licita diseños diferentes, pudiendo exigirse en un caso un módulo de 6 metros de largo, en otro de 4 metros; en uno con dos puertas, en otros con tres puertas; uno con torre de salvamento, otro sin torre; cada Administración exige además un tipo de material, y así, un largo etcétera.

A su entender, el órgano de contratación es conocedor de la imposibilidad del cumplimiento del plazo en condiciones de igualdad y libre concurrencia, por lo que nunca hubiera establecido en el pliego tal plazo, so pena de que la licitación se declarase desierta o en su defecto, se produjera un inevitable incumplimiento de la empresa finalmente adjudicataria. Para reforzar su alegación trae a colación el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE, que reproduce.

Continúa alegando la recurrente que si bien es cierto que el órgano de contratación cuenta con margen de discrecionalidad a la hora de establecer plazos y requisitos, no es menos cierto que dicho margen no puede ejercerse con abuso y deber ejercerse bajo la legal observancia y sin contravenir de los principios de igualdad, libre concurrencia y proporcionalidad que deben regir en todo procedimiento de adjudicación.

Por último, afirma la recurrente que en cuanto a puntuación de 20 o 30 puntos para los lotes 1 o 2 por reducción del plazo de entrega en 28 días naturales, considera que no se trata de mejoras que puedan ser gratificadas, sino de elementos esenciales para efectuar dichas prestaciones, que los pliegos califican expresamente como criterios de adjudicación. Al respecto, señala que el plazo de entrega no es una mejora, ni una prestación adicional, sino un elemento esencial para efectuar dichas prestación; por ende, no puede ser objeto de puntuación o gratificación como si de una mejora se tratase, porque se está adulterando un elemento esencial, máxime sin con ello no queda garantizado la contratación mediante la libre competencia que afianza el principio de igualdad de oportunidades, como ocurre en el caso que nos ocupa en base a los argumentos esgrimidos anteriormente.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Afirma el informe al recurso que no le es posible compartir la segunda alegación planteada en el recurso. En este sentido, señala que el mismo artículo 300 de la LCSP establece también la obligación de entregar los bienes, objeto del suministro en el tiempo que se fije en el contrato conforme a los pliegos. Sin embargo, la recurrente alega la imposibilidad de realizar el suministro en el periodo que se ha consignado en el pliego de prescripciones técnicas -pliego que se ha elaborado en base a un informe emitido por el técnico público competente-, y lo hace sin aportar documento o principio probatorio alguno que sustente su afirmación.

Manifiesta, que la Corporación redacta e instruye el correspondiente expediente de contratación en base al interés público, en este caso concretado en el interés del Ayuntamiento de Manilva en dotar de un servicio de aseos de playa a sus ciudadanos para la propia campaña veraniega, interés que es corroborado como posible por el informe técnico que sirve de base a las prescripciones de plazo de ejecución que se han asumido; ese, y no otro, es el interés de la corporación, que ya parcialmente -al menos en lo que refiere a esta temporada veraniega- se ha visto frustrado.

Concluye afirmando que, como quiera que se ha producido la reapertura de plazos, el periodo desde el cual las empresas pueden licitar y hasta el momento en que deba quedar el suministro concluido, consumirá como mínimo entre cuatro y cinco meses; un periodo que se considera absolutamente suficiente para que las empresas que pretendan licitar, se capitalicen si lo consideran necesario, o acudan a los correspondientes acuerdos de garantía con los proveedores de sus materias primas, o en definitiva, adopten la dinámica empresarial que les convenga a la presentación de sus ofertas, sin que pueda hacer responsable de su gestión meramente privada a la Administración Publica. Máxime cuando el presente recurso lo presenta una entidad que no ha presentado oferta alguna, y que presumiblemente no lo hará por expiración del plazo para su presentación.

3. Consideraciones del Tribunal.

En su recurso, la recurrente señala en síntesis que la fabricación y colocación de 15 módulos en 60 días es casi imposible para todas las empresas del sector, dado que requieren de una materia prima y unas prescripciones técnicas muy específicas, esto es una fabricación exclusiva a gusto y necesidades del órgano de contratación.

Sobre el particular, teniendo en cuenta las características técnicas que debe reunir cada módulo, previstas en la cláusula tercera del PPT, en la que por ejemplo las medidas que allí se recogen, entre otras, son *"planta 3,40 x 2,3 m y altura 2,30 m",* obligarían en principio a dar la razón a la recurrente, pues cualquier diferencia aunque fuese mínima supondría previsiblemente la exclusión de su proposición.

Sin embargo, la cláusula cuarta del citado PPT permite que se puedan presentar ofertas que tengan características técnicas equivalentes o similares a las definidas en la cláusula anterior, siempre que se pueda probar por cualquier medio adecuado que las soluciones que se proponen cumplen de forma equivalente a las exigidas. Su tenor es el siguiente: «*Se admitirán propuestas que presenten características técnicas equivalentes o similares a las definidas en el pliego, siempre que se pueda probar por cualquier medio adecuado, que las soluciones que se proponen cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las correspondientes prescripciones técnicas.*».

En definitiva, dicha cláusula cuarta del PPT permite que cada persona empresaria del sector pueda ofertar módulos de aseos que, aun cuando su características técnicas difieran de las previstas en los pliegos, pueda demostrar que son similares o equivalentes. Lo anterior supone que las prescripciones técnicas recogidas en los pliegos no vulneran las reglas para su establecimiento previstas en el artículo 126 de la LCSP. Ello supone que el plazo de 60 días sea suficiente para poder ejecutar la prestación que se licita.

Asimismo, la recurrente cuestiona el criterio de adjudicación de aplicación automática relativo a la reducción del plazo, en el que se valora el que se reduzca el plazo de ejecución de 60 a 28 días. En este sentido, indica que el plazo de entrega no es una mejora, ni una prestación adicional, sino un elemento esencial para efectuar la prestación que se licita, por lo que no puede ser objeto de puntuación como si de una mejora se tratase, porque se está adulterando un elemento esencial, máxime sin con ello no queda garantizado la contratación mediante la libre competencia, como ocurre en el caso que nos ocupa en base a los argumentos esgrimidos anteriormente.

Pues bien, las mejoras, previstas en el artículo 145.7 de la LCSP, son prestaciones adicionales que pueden ser objeto de valoración en los términos recogidos en dicho artículo. Sin embargo, ello no supone que solo es posible establecer como criterio de adjudicación las mejoras, pues es admisible el establecimiento de criterios de adjudicación sobre otros elementos de la prestación, aunque sean esenciales, y sin lugar a dudas, sobre la minoración del plazo de ejecución (artículo 145.2.3º de la LCSP), que no necesariamente ha de suponer la vulneración de principio de la concurrencia, como afirma la recurrente.

En este sentido, a mayor abundamiento, ha de ponerse de manifiesto que a la presente licitación se han presentado ocho entidades licitadoras, que aunque ello no sea determinante, sí es un indicio de que no se ha conculcado la concurrencia.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el segundo y último de los motivos del recurso.

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 **ECO WC, S.L.** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro por lotes de módulos de aseo y parque infantil para el Ayuntamiento de Manilva, con cargo al PIM 2022» (Expte. 319/2022), convocado por la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental.

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 mediante la Resolución de 4 de agosto de 2022.

TERCERO. 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 personas 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.