Recurso 334/2022
Resolución 472/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 22 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TODO CAMPO DEL SUR, S.L.U.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 16 de agosto por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del "Contrato basado para el suministro de motosierras medianas para el proyecto CILIFO", celebrado al amparo del "Acuerdo marco para la selección de empresas para el suministro de maquinaria ligera para trabajos forestales que desarrolla la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía M.P. (NET575884)", (Expte. CONT 2022 150477), convocado por la citada Agencia adscrita a la Consejería de Agricultura, Agua y Desarrollo Social y a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Mediante resolución de 22 de junio de 2021 la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía adjudicó el "Acuerdo marco para la selección de empresas para el suministro de maquinaria ligera para trabajos forestales que desarrolla la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía M.P. (NET575884)".

El 26 de mayo de 2022, el órgano de contratación cursa invitación a las entidades que resultaron adjudicatarias a través del perfil de contratante para participar en la licitación del "Contrato basado para el suministro de motosierras medianas para el proyecto CILIFO", con un valor estimado de 199.372,32 euros.

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

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal, que ha sido excluida de la licitación mediante acuerdo de la mesa de contratación de 16 de agosto de 2022.

SEGUNDO. El 1 de septiembre de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad TODO CAMPO DEL SUR, S.L.U (en adelante la recurrente) contra el acuerdo indicado en el antecedente anterior.

Por la Secretaría del Tribunal 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 fue recibido en este Órgano el 12 de septiembre de 2022.

La Secretaría del Tribunal confirió un trámite común de alegaciones a los restantes licitadores, por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, que ha concluido el pasado 20 de septiembre, en el que no se han presentado ningunas.

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.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

El objeto de licitación es un contrato de suministro con un valor estimado superior cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y es objeto de impugnación el acto de exclusión de la oferta por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados es 1.b) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) 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:*
c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión fue notificado a la recurrente el 18 de agosto de 2022 a través del perfil de contratante, por la que el recurso presentado el 1 de septiembre de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente señalado.

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

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente interpone el recurso contra la exclusión de su oferta acordada por la mesa de contratación por incumplimiento del PPT, y solicita que *"se resuelva admitiendo nuestra oferta al constituir las características*

mínimas exigidas en la motosierra modelo 2 una limitación de la competencia y haber demostrado que las máquinas ofertadas cubren perfectamente con las necesidades de la Agencia de Medio Ambiente; y quedando demostrado del mismo modo que la exclusión en la motosierra modelo 1 se ha debido a una mala interpretación en la conversión de pulgadas a centímetros.".

La mesa de contratación en el acta de la sesión celebrada el 16 de agosto de 2022 hace constar que *"Con fecha 16 de agosto de 2022 se recibe informe de valoración de los criterios aritméticos elaborado por la Dirección Solicitante de Contratación. En el citado informe, en relación con las prescripciones técnicas relativas a los espadines de los dos modelos (modelo 1: espadín de 40 centímetros; modelo 2: espadín de 35 centímetros) se recoge que en el análisis de las fichas técnicas de cada uno de los modelos ofertados por los licitadores, se deja constancia que los modelos de Husqvarna tienen espadines de 38, 41 o 46 cm, mientras que los modelos de Stihl los tienen de 35 y 40 cm. En este sentido las ofertas presentadas por J.A.G. (H455 Y H440 II), TODO CAMPO DEL SUR S.L. (H455 y H440 II) e INTERNACO SA (H445 y H440 II F) no cumplen estrictamente las características técnicas mínimas del suministro solicitados.*

A continuación la Mesa de Contratación acuerda por unanimidad:

Único: Excluir a las empresas que se relacionan a continuación al no cumplir las máquinas ofertadas con las prescripciones técnicas relativas al tamaño de los espadines (modelo 1: espadín de 40 centímetros; modelo 2: espadín de 35 centímetros):
(...)
3. TODO CAMPO DEL SUR S.L Modelo 1: oferta Husqvarna H455; Modelo 2 oferta Husqvarna y H440 II."

Así, respecto al "*Modelo 1: oferta Husqvarna H455"* la recurrente alega que la motosierra ofertada cumple lo exigido considerando que *"la errónea exclusión se debe a una mala interpretación (conversión de pulgadas a cm). En el documento adjunto "HUSQVARNA", se puede apreciar como el espadín de esta máquina es de 40 cm, cumpliendo así con las características técnicas requeridas. Si bien es cierto que en la ficha técnica realizada en Suecia por los fabricantes, marca ésta motosierra compatible con un espadín de 16"/41 cm, 1 cm más de lo requerido en el pliego técnico. No obstante, tanto en el catálogo de Husqvarna España como en la propia web del fabricante, se puede ver que la referencia anteriormente dicha es de 40 cm. La confusión radica en que la ficha técnica se realiza en Suecia con unidad de medida en pulgadas, en este caso, 16". Haciendo la conversión a cm, vierte una equivalencia de 16" = 40,60 cm, por lo que puramente por cuestiones matemáticas, se hizo un redondeo al alza. Sin embargo, en España, ese redondeo se hizo a la baja para así adaptarlos al mercado nacional."*

En relación al " *Modelo 2 oferta Husqvarna y H440 II",* la recurrente alega que *"carece de argumentación alguna la exclusión por una diferencia de 2/3 cm totalmente imperceptible para el operario en su jornada laboral, ya que el rendimiento de la máquina no se ve afectado; un accesorio como es el espadín, con una diferencia de 2/3 cm no afecta en nada a su funcionamiento, cubriendo las mismas necesidades que un modelo con 35 cm".*

Por otra parte alega que características mínimas exigidas al modelo 2 no se ajustan a Derecho, afirmando que *«El modelo de motosierra STIHL MS-201C-M cuenta con las siguientes características técnicas:*
- Cilindrada: 35.2 cm3
- Potencia: 1.8 kW
- Peso: 4.0 kg
- Espadín de 35 cm
Son exactamente las características que se vienen exigiendo como mínimas para el suministro del modelo de motosierra 2. Si bien es cierto que no se hace mención directa a marca o modelo, sí que se hace de forma indirecta, limitando la concurrencia de licitadores.
(…)

Por ello, apreciamos una muy clara violación a los principios de la LCSP: "libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores". Vemos como el Organismo Tramitador, o la persona encargada de realizar los pliegos técnicos falsean la competencia, vulneran los principios de no discriminación y transparencia, dado que únicamente puede cumplir estrictamente las características técnicas requeridas una máquina Stihl.

En la misma línea, al exigir de forma indirecta maquinaria Stihl en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y no permitir la entrada de marcas que ofrecen maquinaria (motosierras en este caso) de características similares, además de limitar la concurrencia de licitadores e ir contra Derecho, constituye un monopolio competencial. La exclusión de licitadores que no oferten la maquinaría exacta que se solicita en Pliego de Prescripciones Técnicas (motosierras Stihl en este caso), posibilita a las empresas distribuidoras de dicha marca la fijación de precios por encima de la media de mercado, no favoreciendo así a los intereses públicos.»

2. Argumentos del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a lo alegado por la recurrente en lo referente al incumplimiento de los requisitos técnicos mínimos de ambos modelos de motosierra a suministrar, considerando que el recurso debe ser desestimado.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes procede realizar el análisis de las mismas, que se circunscribe a determinar si la oferta de la entidad recurrente cumple los requisitos establecidos en el PPT.

Las características técnicas de las motosierras a suministrar se encuentran recogidas en el apartado 4.1 del PPT que rige la licitación, donde se dispone que *"deben cumplir con las prescripciones que se indican a continuación:*

Modelo 1
• Cilindrada mínima: 50 cm^3
• Potencia mínima: 2,5 KW
• Peso máximo aproximado (sin combustible,ni equipo de corte): 5 Kg
• Espadín de 40 cm.

Modelo 2
• Cilindrada mínima: 35 cm^3
• Potencia mínima: 1,8 KW
• Peso máximo aproximado (sin combustible,ni equipo de corte): 4,5 Kg
• Espadín de 35 cm."

Pues bien, consultada la documentación obrante en el expediente de contratación remitido a este Tribunal, se comprueba que en la documentación técnica aportada por la ahora recurrente, la motosierra ofertada como modelo 1 no tiene espadín de 40 cm, como claramente exige el PPT, sino que por el contrario hay disponibles 20 tipos de espadas de diferentes medidas, sin que la recurrente haya precisado en su oferta cual de ellas suministraría. De ellas la que más se acerca a la medida exigida es la que cabe entender que el órgano de contratación ha escogido para analizar el cumplimiento de los requisitos mínimos, concretamente una *"Longitud, cm/pulg."* de *"16/41".*

En vista de ello, se ha de estar con el órgano de contratación cuando manifiesta que *"el informe de valoración elaborado en la tramitación del expediente de contratación se realizó, como no puede ser de otra manera, a la vista de la documentación aportada por el propio licitador, ficha técnica"* y que las*"medidas presentadas por el licitador son exactas, 16"/41 cm, aún sabiendo el licitador que las características solicitadas en el PPT fueron 40 cm, no siendo modulable en ningún sentido dicha medición."*

Así mismo se ha de admitir, como también afirma el órgano de contratación, que las alegaciones respecto a la equivalencia entre pulgadas y centímetros debió ponerlas de manifiesto en su oferta*, "no ya a la vista de la conclusión final del expediente, cuando este ya no le beneficia, reconociendo así haber omitido parte de la información",* y que *"Pretende el recurrente en un momento procedimental inadecuado, como documentación adjunta al recurso, aportar nueva documentación que modifica su oferta",* en referencia a la aportada como anexo a su escrito de recurso.

Por tanto, este Tribunal entiende que se han de desestimar las alegaciones de la recurrente en relación al modelo 1 de su oferta pues se ha puesto de manifiesto que incumple el requisito que ha motivado su exclusión, a la vista de la documentación aportada por la recurrente a la licitación.

Con respecto al modelo 2, no cabe analizar el cumplimiento de dicho requisito, pues la recurrente no lo cuestiona, admitiendo que el modelo ofertado por ella no lo cumple, aunque afirma que las diferencias de centímetros no afectan al rendimiento y funcionamiento de la máquina y que cubre las mismas necesidades, sin que ello sea admisible, puesto que, en todo caso, la recurrente admitió las exigencias de los pliegos al presentar su oferta sin formular recurso contra los mismos.

Por ese motivo, tampoco puede admitirse que tras la exclusión de su oferta alegue que las características mínimas exigidas no se ajustan a derecho, sin que proceda analizar las razones por las que formula tal alegación pues estas debieron ser expuestas en el un recurso contra los pliegos que no formuló, sin prejuzgar la viabilidad de las mismas.

Tampoco cabe entender que sea de aplicación el artículo 126.8 de la LCSP para admitir cierta flexibilidad en el cumplimiento de los requisitos exigidos, al no haberse determinado en los pliegos las características técnicas exigibles conforme a lo dispuesto en el apartado 5 b): *"Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; acompañando cada referencia de la mención «o equivalente».*

Se ha de recordar, al efecto, el contenido del artículo 139 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.

Así lo hemos sostenido, entre otras muchas, en nuestra Resolución 188/2020, de 1 de junio: *"En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras muchas) la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos."*

En relación a ello, este Tribunal, ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, y 200/2017, de 6 de octubre y 14/2021, de 21 de enero, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras. En este procedimiento no consta que los pliegos hayan sido impugnados y, por lo tanto, son firmes y vinculantes en cuanto a su contenido para todas las partes, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda", necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos.

En definitiva, también se han de desestimar las alegaciones de la recurrente en relación al modelo 2 por las razones antes expuestas y con ello el recurso especial presentado.

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 **TODO CAMPO DEL SUR, S.L.U.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 16 de agosto por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del "Contrato basado para el suministro de motosierras medianas para el proyecto CILIFO", celebrado al amparo del "Acuerdo marco para la selección de empresas para el suministro de maquinaria ligera para trabajos forestales que desarrolla la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía M.P. (NET575884)", (Expte. CONT 2022 150477), convocado por la citada Agencia adscrita a la Consejería de Agricultura, Agua y Desarrollo Social y a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul.

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.