Recurso 419/2022
Resolución 553/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 18 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GUILLERMO GARCÍA MUÑOZ, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 27 de mayo de 2022, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Suministro, mediante la modalidad de arrendamiento financiero leasing, con opción de compra, de una retroexcavadora mixta para la renovación del parque móvil del Ayuntamiento de Baza, por procedimiento abierto", (Expte. 6/2022), promovido por el citado Ayuntamiento de Baza (Granada), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de marzo de 2022, 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. El valor estimado del contrato asciende a 123.966,94 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones a la licitación, se encontraba la ahora recurrente.

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

Tras la tramitación del oportuno expediente, la mesa de contratación en sesión celebrada el 27 de mayo de 2022, acuerda: *"Excluir la oferta presentada por GUILLERMO GARCÍA MUÑOZ, S.L., por no cumplir las características mínimas exigibles en el pliego de prescripciones técnicas que rige la licitación".* Con fecha 13 de junio de 2022 se publicó, en el perfil de contratante, la citada acta de la mesa de contratación.

SEGUNDO. El 17 de junio de 2022, la entidad GUILLERMO GARCÍA MUÑOZ, S.L. (en adelante, GGM) presentó en el registro del Ayuntamiento de Baza escrito de recurso especial en materia de contratación, contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación acordada por la mesa de contratación. El referido escrito de recurso junto al informe al mismo, así como parte de la documentación necesaria para su tramitación y resolución, han sido remitidos por el órgano de contratación a este Tribunal con fecha 2 de noviembre de 2022. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se solicitó al órgano de contratación, la remisión de determinada documentación complementaria del expediente, que ha sido recibida con posterioridad ante en este Órgano.

Cabe señalar que en el presente asunto han transcurrido más de cuatro meses desde la fecha de presentación del recurso en el registro del Ayuntamiento hasta su remisión a este Tribunal, lo que supone un flagrante incumplimiento del plazo previsto en el párrafo segundo del artículo 56.2 de la LCSP, que dispone al efecto que: *«Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano de contratación autor del acto impugnado, éste deberá remitirlo al órgano competente para la resolución del recurso dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción acompañado del expediente administrativo y del informe a que se refiere el párrafo anterior.».*

Por último, 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, no habiéndose recibido ninguna dentro del 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 acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza, habiendo ésta remitido al Tribunal la documentación necesaria para su resolución sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos, por sí o a través de la Diputación Provincial. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad 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.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una oferta de un contrato de suministro, con un valor estimado 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, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, la exclusión de la oferta de la ahora recurrente fue acordada por la mesa de contratación en su sesión de 27 de mayo de 2022. El acta de la citada sesión fue publicada el 13 de junio de 2022, en el perfil de contratante, por lo que, pese a no constar en el expediente remitido la notificación del

acuerdo de exclusión, se puede concluir que el recurso presentado el 17 de junio de 2022, en el registro del Ayuntamiento, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

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

1. Alegaciones de la recurrente.

La mercantil GGM se opone en su escrito de recurso a la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación, acordada por la mesa de contratación en sesión, esgrimiendo al efecto los siguientes motivos.

Argumenta que el referido acuerdo de la mesa de contratación trae causa en el informe técnico emitido por el encargado del parque móvil municipal en el que de forma, a juicio de la recurrente somera, se concluye que el suministro ofertado por la licitadora GGM no cumple el pliego de prescripciones técnicas (PPT), y ello por presentar el brazo de la retroexcavadora ofertada una pluma recta en lugar de una pluma curva.

Alega que tal circunstancia fue oportunamente aclarada "*mediante el informe del fabricante de la retroexcavadora, JCB, que fue aportado al escrito de subsanación de fecha 20 de mayo de 2022"*; y transcribe el siguiente párrafo del informe del fabricante:
«6. CARACTERÍSTICAS DEL BRAZO DE LA RETROEXCAVADORA
Nuestra retroexcavadora tiene, tanto la pluma como el balancín, rectos y de la misma longitud, permitiendo al operario tener mucha más visibilidad, tanto en espacios reducidos como pueden ser los urbanos, como en posición de transporte y excavar más de cerca de la máquina, no limitando nunca la profundidad de excavación y siendo nuestra retro mucho más versátil. Por tanto consideramos que es una mejora y no un incumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas.».

Afirma la recurrente que el informe del técnico municipal, de fecha 26 de mayo de 2022, no justifica el supuesto incumplimiento del suministro ofertado, ni combate ni argumenta las explicaciones técnicas contenidas en el informe del fabricante aportado a las alegaciones; por lo que concluye que aquél carece de motivación y que, *«Unicamente se limita a perseverar en la característica recta o curva de la pluma del brazo de la retroexcavadora, sin entrar a motivar o a justificar dónde reside el incumplimiento de la máquina ofertada.».*

Considera que tal proceder del técnico municipal ha supuesto que la mesa reciba una información incompleta y errónea respecto a la retroexcavadora ofertada que ha motivado su exclusión pese a reunir todas las características técnicas exigidas en el PPT.

Como segundo motivo de recurso, la mercantil GGM alega que la licitadora CAJA RURAL DE GRANADA COOPERATIVA DE CRÉDITO (en adelante, CAJA RURAL), no cumple con la exigencia del pliego "*de acreditar relación justificada de las principales operaciones realizadas durante los últimos tres años, explicitando detalle de maquinaria y destinatarios de los suministros"*; considera que tal incumplimiento ha de conllevar la exclusión de la citada entidad del procedimiento de licitación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso, tras realizar una detallada relación de las actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación del procedimiento de contratación, y respecto al fondo del asunto, afirma lo siguiente: *«En cuanto a las alegaciones de fondo puestas de manifiesto en el recurso, se hacen las siguientes consideraciones; en el PPT, se establecen las condiciones mínimas que ha de reunir el vehículo:*
Cláusula 1:
1. Características del brazo de la retro excavación
- Balancín extensible
- Instalación hidráulica auxiliar

La empresa GUILLERMO GARCIA MUÑOZ S.L presenta la maquina JCB 3CXT PLUS, declarando en sus alegaciones que tiene tanto la pluma como el balancín, rectos y de la misma longitud.

El informe técnico emitido por el Jefe del Parque Móvil del Excmo. Ayuntamiento de Baza hace constar en su informe aclaratorio de forma expresa que no cumple la característica mínima exigible del punto 6.»

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Con carácter previo, y para una mejor comprensión del presente asunto, procede traer a colación las siguientes actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación de la presente licitación y que se deducen de la documentación obrante en el expediente remitido a este Tribunal.

La mesa de contratación en su sesión de 13 de mayo de 2022, y según consta en el acta de la sesión, tras dar a conocer el contenido del informe emitido por el técnico del parque móvil municipal sobre el cumplimiento de las ofertas de las requisitos técnicos mínimos exigibles según el PPT, informa que la oferta presentada por la recurrente GGM *"no cumple las características mínimas exigidas en los puntos siguientes: motor, características del brazo de la retroexcavadora y cabina";* tras lo cual la mesa acuerda: *"Dar un plazo de 5 días naturales contados a partir del día siguiente a aquél a la licitadora "GUILLERMO GARCÍA MUÑOZ, S.L." sobre la falta de cumplimiento de las características técnicas mínimas de la máquina ofertada exigidas en el PPT".*

Con fecha 20 de mayo de 2022 la empresa GGM presenta alegaciones a la falta de cumplimiento de características técnicas mínimas de la maquina ofertada.

Con fecha 26 de mayo de 2022, el técnico municipal emite informe, requerido por la mesa de contratación, sobre las alegaciones presentadas por la licitadora GGM. El referido informe se pronuncia en los siguientes términos: *«Según el Pliego de Prescripciones Técnicas para la contratación mediante leasing de una Máquina Retroexcavadora Mixta, las características mínimas exigibles dentro del apartado:*
- Nº6. Características del brazo de la retroexcavación. (pluma curva tipo excavadora).

Las características ofertadas por la empresa licitadora, máquina JCB 3CXT PLUS, dentro del pliego de alegaciones son:
- Nº6. De una pluma recta (tanto la pluma como el balancín).

Una vez presentado el informe de alegaciones por la empresa licitadora, con fecha 20 de mayo de 2022,digo: que no cumple una de las características mínimas exigibles en el punto nº6.».

El día 27 de mayo de 2022 la mesa de contratación se reúne y según recoge el acta de la sesión, el secretario informa que del contenido del informe del técnico municipal a las alegaciones presentadas por GGM. Tras lo cual y en el curso de la referida sesión de la mesa acuerda:
«1.- Excluir la oferta presentada por GUILLERMO GARCIA MUÑOZ, S. L" por no cumplir las características mínimas exigibles por el pliego de prescripciones técnicas que rige esta licitación.

2.- Proponer la adjudicación para la contratación por parte del Ayuntamiento de Baza del suministro mediante la modalidad de arrendamiento financiero leasing, con opción de compra, de una retroexcavadora mixta para la renovación del parque móvil del Ayuntamiento de Baza, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, a la empresa CAJA RURAL DE GRANADA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO.»

La controversia que el primer motivo de recurso plantea se centra en discernir si la máquina ofertada por la recurrente incumple el PPT tal como se concluye en el informe técnico, en cuyo caso la decisión de la mesa de contratación es ajustada a derecho o si, por el contrario y como afirma la recurrente, la oferta da cumplimiento a los requisitos establecidos en el PPT, en cuyo caso la decisión de la mesa sería errónea.

El PPT que rige la presente licitación en su apartado 1 dispone las características mínimas que debe reunir el vehículo objeto del suministro; entre las mismas y en el punto 6 del citado apartado 1, establece lo siguiente:
«Características del brazo de la retroexcavación.
- Balancín extensible.
- Instalación hidráulica auxiliar para martillo hidráulico (enchufes rápidos).
- Acople en la retro, ROTOTWIST 90 con instalación y equipos necesarios para su montaje y funcionamiento.
- Pluma curva tipo excavadora.»

Respecto a la valoración efectuada por el técnico municipal y ratificada por la mesa de contratación sobre el cumplimiento de los requerimientos técnicos contenidos en el PPT, procede mencionar que este Tribunal ha indicado en otros supuestos (v.g. Resolución 445/2020, de 11 de diciembre) que si bien el marco de la discrecionalidad técnica con los límites determinados por la jurisprudencia, opera sin lugar a dudas en la valoración de las ofertas con arreglo a criterios dependientes de un juicio de valor, cuando se trata de determinar si una oferta cumple o no el PPT se reduce el margen de discrecionalidad porque no se trata de valorar o evaluar una proposición, sino de verificar objetivamente si la misma cumple unos requisitos técnicos concretos.

No obstante, puede haber supuestos, como el presente, en que para la verificación del cumplimiento de las ofertas respecto a las prescripciones exigidas en el PPT, además de la comprobación o comparativa entre las especificaciones del producto, se requiera un análisis o pronunciamiento técnico y proceda acudir a la doctrina de la discrecionalidad técnica. Sobre lo anterior, este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas su Resolución 239/2020, de 9 de julio, indica que *"(...) la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación. Asimismo, como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013), la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico. Igualmente, la Sentencia del Alto Tribunal de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), declara que «la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación.*

De modo que dicha presunción "iuris tantum" solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, 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»" .

Aplicando la referida doctrina al presente asunto este Tribunal considera que en este procedimiento no queda acreditada la existencia de error manifiesto en el juicio técnico adoptado, ni tampoco que dicho juicio o decisión haya sido adoptado de manera arbitraria y sin motivación. Por el contrario el PPT en su apartado 1.6 es claro al exigir entre las características técnicas del suministro que el brazo de la retroexcavación cuente con pluma curva, por su parte, en las propias manifestaciones de la recurrente contenidas en el escrito de recurso y en el informe del fabricante aportado a las alegaciones consta que tanto la pluma como el balancín son rectos. En dichos documentos se insiste en las bondades que tal cualidad confiere al producto llegando a afirmar que "*es una mejora y no un incumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas".* Pues bien con la referida alegación no se acredita el pretendido cumplimiento de las prescripciones técnicas del suministro, sino que por el contrario lo que se deduce de la misma es la clara discrepancia de la recurrente con dicha exigencia técnica del pliego. En tal sentido cabe recordar que, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto y 113/2020, de 14 de mayo), los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda", y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni ninguna del resto de licitadoras impugnaron en su día el contenido de los mismos, necesariamente han de estar ahora a lo establecido en ellos.

Además, es también abundante y constante la doctrina de los Tribunales de justicia y de otros Órganos de recursos contractuales relativa a que las prescripciones técnicas son requisitos que las ofertas de los licitadores deben cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, hallándose vinculados a las mismas tanto los licitadores como la propia Administración, quien no puede establecer unas condiciones para luego incumplirlas o relativizar su observancia.

En cuanto a la falta de motivación del acto de exclusión, aspecto en el que insiste la recurrente, cabe señalar que de la documentación aportada por la propia recurrente a su escrito de recurso se deduce que el órgano de contratación notificó a la recurrente su exclusión dándole traslado del acta de la mesa de contratación de 27 de mayo de 2022, así como del informe del técnico municipal de 26 de mayo de 2022. Pues bien, visto el contenido de los citados documentos este Tribunal considera que el mismo tiene motivación suficiente pues indica, aunque sea sucintamente, la razón que sustenta la exclusión. En este sentido, es doctrina de este Tribunal a propósito de la motivación de la adjudicación pero extrapolable asimismo a la exclusión y demás actos sujetos a motivación (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo) que *"la ausencia o insuficiencia de motivación en la adjudicación ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado; si no es así, es decir, si la infracción formal del deber de motivación previsto en el artículo 151 de la LCSP no ha impedido a la recurrente la interposición de un recurso fundado, no cabe alegar indefensión material a la hora de impugnar la adjudicación, ni podría prosperar la pretensión de nulidad de la resolución de adjudicación basada en aquella circunstancia. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión*

ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa".

Así, en el presente supuesto no cabe duda de que GGM ha formulado su recurso y ha centrado su análisis en la cuestión que fundamenta la exclusión, que es que el brazo de la retroexcavación del suministro ofertado, cuente con una pluma curva y no recta. Por lo tanto, del contenido de su escrito se demuestra que es conocedora del motivo en el que se basa su exclusión, por lo que no se ha visto mermado su derecho material de defensa.

En consecuencia, este Tribunal considera que la exclusión acordada la mesa de contratación, por los motivos aquí analizados, es ajustada a derecho y ha de desestimarse el presente motivo de recurso.

En el segundo motivo de recurso la recurrente alega que la licitadora CAJA RURAL, no cumple con la exigencia del pliego de acreditar relación justificada de las principales operaciones realizadas durante los últimos tres años; considera que tal incumplimiento ha de conllevar la exclusión del procedimiento de licitación.

Respecto del segundo motivo de recurso, donde la recurrente entiende que la mesa ha incurrido en una indebida admisión de la oferta presentada por la licitadora CAJA RURAL, que a su juicio ha incurrido en un incumplimiento de las obligaciones exigidas en el pliego, se ha de poner de manifiesto que, en el presente caso, la impugnación de la admisión de la oferta de la entidad antes referidas nunca acarrearía, en caso de prosperar, la adjudicación del contrato a favor de la recurrente, sino tan solo la eventual exclusión de la licitadora CAJA RURAL. Ello, unido a que la recurrente, tal como se confirma tras la desestimación del anterior motivo del recurso, ha resultado excluida del procedimiento de licitación, determina la falta de legitimación sobrevenida de la mercantil GGM para impugnar la admisión de la otra oferta, pues, de la eventual estimación de este motivo de recurso, nunca podría resultar adjudicataria del contrato en este caso.

En diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, Resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero, 172/2020, de 1 de junio y 254/2021, de 24 de junio) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Con base en esta doctrina, no es posible reconocer legitimación para interponer el recurso especial contra la admisión de la oferta de otra empresa a una licitadora que ha sido excluida, pues ningún beneficio podría obtener en caso de prosperar su impugnación más allá de la pura satisfacción moral de ver satisfecha su pretensión. Produciéndose así una falta de legitimación sobrevenida para la interposición de este motivo de recurso, lo que conlleva, a su vez, la inadmisión de la pretensión de exclusión de la licitadora CAJA RURAL.

En definitiva, en base a las consideraciones expuestas, procede, pues, desestimar el presente recurso.

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 **GUILLERMO GARCIA MUÑOZ, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 27 de mayo de 2022, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Contratación del suministro, mediante la modalidad de arrendamiento financiero leasing, con opción de compra, de una retroexcavadora mixta para la renovación del parque móvil del ayuntamiento de Baza, por procedimiento abierto", (Expte. 6/2022), promovido por el citado Ayuntamiento de Baza (Granada).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad ni 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.

TERCERO. Remitir la presente resolución al responsable en materia de personal del Ayuntamiento de Baza, con relación a lo dispuesto en el antecedente de hecho segundo, a los efectos de lo previsto en la Disposición adicional vigésima octava 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.