

**TRIBUNAL DE RECURSOS
CONTRACTUALES**

RECURSO N°.- 3/2014
RESOLUCIÓN N°.- 3 /2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 6 de febrero de 2014.

Visto el recurso planteado contra el acuerdo de adjudicación del Servicio de Recogida selectiva de aceites vegetales usados municipales, domésticos, no peligrosos, objeto del Expte. 59/2013, instruido por la empresa de Limpieza Pública y Protección S.A.M. del Ayuntamiento de Sevilla, en adelante LIPASAM, por D. Iván Barbero Ciuro, en nombre y representación de la UTE GAVEUSA, este Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de agosto de 2013, la Comisión Ejecutiva de la empresa municipal LIPASAM, aprobó los Pliegos de Condiciones Técnicas y Administrativas por las que habrá de regirse la contratación del Servicio de Recogida selectiva de aceites vegetales usados municipales, domésticos, no peligrosos, objeto del Expte. 59/2013. Habiéndose publicado el anuncio de licitación en el perfil del contratante, se procede a su envío al Diario Oficial de la Unión Europea, anuncio que se publicó el 8 de Agosto del presente.

SEGUNDO.- Contra los Pliegos citados se interpusieron una pluralidad de Recursos especiales en materia de contratación, los cuales, por Resolución de este Tribunal de fecha 12 de septiembre de 2013, fueron inadmitidos por extemporáneos, unos y desestimados otros, sin que ninguno se fundamentara en las causas ahora planteadas.

TERCERO.- Con fecha 30 de Septiembre se emite por el encargado del Registro General de LIPASAM, el oportuno certificado, indicando que concluido el plazo de presentación de ofertas, se han recibido las de BIOUNIVERSAL S.L. y UTE GAVEUSA.

Tras la apertura de los sobres 1 y efectuados los requerimientos oportunos, se designa equipo técnico para la valoración y análisis de las propuestas técnicas, entendiéndose admitidas las dos empresas licitadoras, según puede deducirse del informe de valoración fechado el 30 de octubre, y se les comunica la celebración del acto de apertura de los sobres 3 (oferta económica).

El 5 de Noviembre de 2013 tiene lugar el acto de apertura de ofertas, en el cual, previa comunicación de la valoración obtenida en el sobre 2, según consta en el escrito incorporado al expediente, se procede a la apertura del sobre 3.

Conforme al cuadro de valoración final que se incorpora el expte. de contratación remitido en su pagina 17, por acuerdo de la Comisión ejecutiva de Lipasam de 18 de noviembre de 2013, se efectúa adjudicación a favor de la mercantil BIOUNIVERSAL S.L., notificándose a la mercantil recurrente por correo electrónico el 16 de diciembre de 2012 y adjuntándose a éste, según consta en dicho correo, el acuerdo de clasificación, el informe de valoración y el informe de aclaración a las cuestiones planteadas por GAVEUSA .

CUARTO.- Con fecha 3 de enero de 2014 tiene entrada en el Registro de Lipasam recurso planteado contra el acuerdo de adjudicación del Servicio de Recogida selectiva de aceites vegetales usados municipales, domésticos, no peligrosos, objeto del Expte. 59/2013, instruido por la empresa de Limpieza Pública y Protección S.A.M. del Ayuntamiento de Sevilla, por D. Iván Barbero Ciuro, en nombre y representación de la UTE GAVEUSA, interposición que fue oportunamente anunciada el 27 de Diciembre de 2013.

QUINTO.-El 16 de enero del año en curso, se recibe en este Tribunal documentación procedente de LIPASAM, en la que se incluye copia del expediente. El informe a que se refiere el art. 46.2 del TRLCSP, se recibe el 20 de enero. El día 21 se trasladan al Tribunal las alegaciones efectuadas por BIOUNIVERSAL que tuvieron entrada en el Registro de Lipasam con fecha 20 de enero de 2014. Habiéndose solicitado por este Tribunal la ampliación del expte, queda este completado el día 29 de enero de 2013

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y de conformidad con el acuerdo del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo.

SEGUNDO.- Por lo que respecta al acto recurrido, el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo art. 40.2.c) del TRLCSP y dentro de plazo, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP, habiéndose, asimismo cumplimentado el anuncio previo al que se refiere el art 44.1 de la citada norma.

TERCERO.- La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 TRLCSP.

CUARTO - La petición del recurrente se fundamenta y articula básicamente con los siguientes argumentos:

1°.- Indefensión, por no habersele remitido copia de la oferta presentada por BIOUNIVERSAL.

2°.- Violación de la libre concurrencia, habida cuenta de que las “Condiciones Técnicas del Concurso “ y “los Criterios Técnicos de Valoración de las ofertas” favorecen a la adjudicataria.

3°.- El sistema ofertado por la adjudicataria es técnicamente inferior al ofertado por GAVEUSA.

4°.- Falta de solvencia técnica y profesional de la adjudicataria.

Conforme a lo anterior, se solicita se declare su invalidez, por incurrir en nulidad de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el art. 32. a), b) y d) TRLCSP, defendiendo, igualmente su anulabilidad, *“por incurrir en una clara vulneración del ordenamiento jurídico Art. 63.1 de la Ley de procedimiento administrativo común y art. 33 LCSP”*, solicitando en el SUPPLICO la anulación de la adjudicación, la clasificación en primer lugar de GAVEUSA y la adjudicación del contrato a ésta. Asimismo, por medio de OTROSI, se solicita el recibimiento a prueba, proponiendo como tales *“exhibición de la oferta íntegra propuesta por BIOUNIVERSAL”* y *“cuantas otras resulten útiles a esta parte...”*.

QUINTO.- Por lo que respecta a la indefensión alegada, consta en el expediente escrito presentado en el registro de Lipasam el 11 de noviembre de 2013, en el que se solicita reunión con el equipo de valoración, a fin de aclarar *“los criterios en los que se han basado”*, escrito recibido en dicho registro el 29 de noviembre, y que se acompaña por el recurrente como documento 1, en el que se solicita se informe sobre *“los criterios técnicos que ha valorado la mesa de contratación, con entrega de copia del informe técnico emitido al efecto (...).el contenido de las ofertas presentadas (...)con puesta a disposición y manifestación de sus contenidos”*, y se *“aclaren posibles dudas que pudieran surgir con relación a los puntos anteriores”*, volviendo a solicitar reunión al efecto. Asimismo, consta en el expediente informe de *“Aclaración a la oferta técnica presentada por la UTE GAVEUSA, fechado el 22 de diciembre, el cual, según consta en el correo remitido a la recurrente con fecha 16 de diciembre, se adjunta a la notificación de la adjudicación, junto con el informe de valoración del sobre 2 que se dio a conocer en el acto de apertura de los sobres 3, en el que se contiene la valoración detallada de todos los aspectos técnicos, aportándose este último por el recurrente como documento 3.*

Sobre la cuestión suscitada, tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como los Tribunales administrativos en materia de contratación, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Supremo, han venido manifestando que el debido cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia determinan la necesidad, como del art. 151.4 se deriva, de poner en conocimiento de los licitadores la información necesaria para que puedan ejercer, con garantías, su derecho de defensa. Desde este punto de vista y teniendo en cuenta la documentación obrante en el expediente, entiende este Tribunal que no se ha ocasionado indefensión a la reclamante y que la información proporcionada resultó ser suficiente en atención a la finalidad que

está llamada a cumplir en orden a la salvaguarda de las posibilidades de defensa de los interesados.

SEXTO.- En cuanto a la alegada violación de la libre concurrencia, basándose en que las “*Condiciones Técnicas del Concurso*” y “*los Criterios Técnicos de Valoración de las ofertas*” favorecen a la adjudicataria, procede, en primer término, y respondiendo a las alegaciones efectuadas tanto por Lipasam, como por la mercantil adjudicataria, pronunciarse sobre la viabilidad de impugnar la adjudicación amparándose en un vicio de los Pliegos ya aprobados, y respecto de los cuales ha finalizado el plazo para recurrir.

En efecto, es doctrina consolidada tanto a nivel administrativo como judicial, la que viene propugnado que efectuada la adjudicación de un contrato, cuando se formula su impugnación por razones relacionadas con actos anteriores que han devenido firmes y consentidos, alegándose como causa la invalidez de aspectos contenidos en los Pliegos, como pueden ser determinadas características técnicas y los propios criterios de adjudicación, habida cuenta de que el Pliego no se recurrió en su momento, no procedería la admisión del recurso interpuesto contra la adjudicación. En este sentido se manifiestan los Tribunales especiales en las resoluciones puestas de manifiesto en su informe por Lipasam (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales Resoluciones nº 178/2013, 17/2013 y 45/2013, 59/2012, 332/2011, 17/2013) y el propio Tribunal Supremo.

Ahora bien, la cuestión ha de centrarse en determinar qué tipo de vicio es el que se alega. El grado de invalidez de los actos puede determinar que sean nulos de pleno derecho o anulables, conforme a lo dispuesto, con carácter general en la Ley 30/92, arts 62 y 63, y particularmente, en lo que a la contratación se refiere, los arts 31 y siguientes del TRLCSP, de manera que, conforme a nuestro Derecho, y dada la propia naturaleza de la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho, ésta siempre es alegable, debiendo admitirse una impugnación de los Pliegos en fase de adjudicación si se alega y acredita un vicio de nulidad de pleno derecho, como lo es la vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación (art. 14 C.E). En este sentido, se manifiestan, efectivamente los Tribunales especiales, tanto el Central, Resolución 207/2013, 69/2012, con apoyo entre otras en la sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, como el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Acuerdos 20/2012 y 22/2012, Navarra, Acuerdo 23/2012 o Madrid, Resolución 73/2011.

En consecuencia, si las condiciones técnicas y los criterios de adjudicación establecidos en los Pliegos que nos ocupan estuvieran viciados de anulabilidad, no procedería, por extemporáneo, el recurso en este momento, por no haberse impugnado las actuaciones administrativas precedentes que constituyen acto firme y consentido, a sensu contrario, si la invalidez alegada se sustenta en una de las causas de nulidad de pleno derecho, el recurso es admisible, pudiendo conllevar la anulación del procedimiento de licitación.

La cuestión se centra, pues en determinar si efectivamente concurren en el caso presente los vicios de nulidad alegados, esto es, si efectivamente, y como señala el recurrente, las condiciones técnicas del concurso y los criterios de valoración son contrarios a los principios de igualdad y libre concurrencia favoreciendo a la adjudicataria, al exigir “una funcionalidad al contenedor y un sistema de recogida” que sólo ella puede ofertar.

Analizados los Pliegos y el informe de valoración efectuado, se observa que son, es efectivamente en la valoración de las características del contenedor (contenedor estanco, hermético, con válvula anti-retorno, que permita la eliminación por el usuario y que permita la eliminación a través de vertido controlado y del sistema de recogida (por succión) donde se produce la no atribución de puntuación alguna a la recurrente, resultando, en consecuencia, una puntuación total por estos criterios muy dispar entre ésta y la adjudicataria. No obstante, y sin embargo, del cuadro de valoración detallada puede extraerse la conclusión de que aún atribuyéndole a la recurrente la máxima puntuación en los criterios 1 y 2, el resultado final no implicaría que ésta, aún obteniendo mayor puntuación en el criterio 4, resultara clasificada en primer lugar, siendo concretamente el criterio 3 "Sistema Telemático de Comunicaciones y Sistema de Gestión Integral de Información On Line", respecto del cual nada se alega en el recurso, el determinante de la adjudicación.

En cualquier caso, y hechas las consideraciones anteriores, la cuestión se centra en determinar si, efectivamente, las características del contenedor y del sistema de gestión sólo pueden ser ofertadas por la mercantil BOUNIVERSAL, hecho éste que determinaría la concurrencia de un vicio de nulidad.

El órgano de contratación, justifica ampliamente en el informe remitido a este Tribunal, la exigencia de las características descritas, señalando que *"las prescripciones incluidas en Pliegos se deben a la experiencia de LIPASAM respecto a la recogida de este residuo, las condiciones de seguridad que deben adoptarse y el comportamiento que otros sistemas de gestión han tenido anteriormente"* y manifestando que *"las características técnicas solicitadas para estos son suficientemente generalistas, no requieren de tecnologías o equipamientos complejos o no accesibles en el mercado y permiten la suficiente concurrencia."* El informe asevera que *"NO se han dado unas condiciones técnicas del concurso y valoración que pudieran favorecer a un licitador, como indica UTE GAVEUSA en su recurso"* y que *"la fabricación de un contenedor con características técnicas en línea de lo solicitado en Pliegos no representa dificultades constructivas o desarrollos complejos ni necesita de materiales o elementos que no se encuentren en el mercado especializado"*, concluyendo que *"se podrían haber aportado distintas soluciones que pudieran haber cumplido con las condiciones y prescripciones incluidas en Pliegos, como así ha sido con la oferta ganadora, y que bien hubiera podido ser ofertada por otras empresas habida cuenta que están proliferando en el mercado, y se comercializan, contenedores con múltiples sistemas de detección de incendios, antivandálicos, y con sistemas de transmisión de datos en tiempo real, fácilmente adaptables a lo exigido en Pliegos."*, y resaltando *"que existen en el mercado suficientes elementos comerciales que permitirían conformar, sin gran dificultad y al alcance de multitud de empresas, un contenedor con las características técnicas y sistema de recogida valorado en Pliego de condiciones"*, habiendo realizado *"una somera búsqueda en Internet"* e incluso comprobado ofertas *"que incorporan el equipamiento solicitado"*

No parece, pues, resultar acreditado que la actuación de la Administración se haya dirigido a favorecer a una empresa determinada, discriminando a los licitadores de forma que las características exigidas y los criterios de adjudicación que, conforme a ellas se establecen en los Pliegos, impidiesen concurrir a la licitación infringiendo los principios de igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento, realizándose por el recurrente estas afirmaciones sin aportar pruebas que acrediten tal discriminación y sin solicitar la práctica de prueba alguna que puedan evidenciar ésta.

Por tanto, la acción contra la adjudicación basándose en la nulidad de los Pliegos, al no concurrir causa para ello, sería extemporánea.

SÉPTIMO.- En cuanto a la alegación relativa a que el, sistema ofertado por la adjudicataria es técnicamente inferior al ofertado por GAVEUSA, se trata de un juicio de valor, respecto del cual, en línea con la jurisprudencia ya consolidada y reiteradamente mantenida por los tribunales especiales en materia de contratación, sobre la discrecionalidad técnica, solo cabe la realización de un análisis de carácter jurídico, no mediante la valoración de los aspectos técnicos, los cuales no pueden caer dentro del ámbito jurídico controlable por este Tribunal.

Como este Tribunal ha puesto de manifiesto en Resoluciones anteriores, la discrecionalidad técnica que al órgano de contratación corresponde y que encuentra sus límites en la prohibición de la arbitrariedad y en la necesaria atención a los intereses públicos para cuya defensa es reconocida por el ordenamiento, tiene como límite la necesidad de que la valoración efectuada se acomode a los criterios objetivos indicados en los Pliegos, como normas a las que ha de acomodarse la resolución del proceso de licitación, en el bien entendido de que los mismos deben ser adecuados al objeto de la licitación y a las exigencias relativas a la calidad del servicio ofertado, tal y como se desprende entre otras de las Sentencia del Tribunal Supremo de 14 julio 2004 (RJ 2004\5360) con cita de las de 25 de enero (RJ 2000, 1231) y 30 de junio de 2000 (RJ 2000, 6081). La valoración se ha efectuado conforme a Pliegos y está detallada y justificada conforme a los mismos. En este sentido, se ajusta al procedimiento, cuestión distinta es que los criterios de valoración, establecidos conforme a las características exigidas en los Pliegos, adolezcan, como señalábamos en el Fundamento anterior de un vicio de nulidad.

OCTAVO.- Se alega, asimismo, la falta de solvencia técnica y profesional de la adjudicataria., en relación a ello, se pone de manifiesto que:

1.-Consta en el expediente acta del acto de apertura del sobre 1, en el que se pone de manifiesto la necesidad de requerir documentación no aportada por ambos licitadores, los oportunos requerimientos y la documentación aportada, concretamente y en lo que a Biouniversal respecta, la relativa a las cuentas anuales, la relación de servicios prestados, certificados expedidos por dos Ayuntamientos, compromiso de adscripción de medios.... Ciertamente no consta acto expreso de admisión a licitación, pero sí comunicación de la designación de equipo técnico para la valoración y análisis de las propuestas técnicas, en cuyo informe de valoración se hace referencia, al inicio, a la admisión a licitación de ambas empresas, procediéndose a continuación a la valoración del sobre 2. Consta, asimismo en el expediente correo en el que se les comunica a ambas la celebración del acto de apertura de los sobres 3 (oferta económica) al que, de hecho, y según consta en el acta, asisten representantes de ambas.

2.-El Pliego de Condiciones Técnicas y Administrativas se refiere a la solvencia en su apartado 10.2.2, en el que se establece la documentación a presentar en el Sobre 1, concretamente en los puntos c) y d, en los que se establecen los documentos que acreditan la solvencia económica y financiera, por un lado, y técnica por otro, sin precisar los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario, conforme a lo dispuesto en el art. 62 TRLCSP.

Aún cuando, como del expediente se deduce, la admisión a licitación y, por ende, el cumplimiento de los requisitos de solvencia, se haya producida tácitamente, en el

sentido de no existencia de un acto expreso que así lo manifieste, lo cierto es que en el expediente consta la documentación requerida en el Pliego, conocido, aceptado y no recurrido en este aspecto, no constitutivo de nulidad de pleno derecho, además, por los licitadores. Dicha documentación, según se deriva del expediente remitido, se tiene por suficiente, sin que el no establecimiento de requisitos mínimos pueda acarrear la nulidad de la adjudicación, habida cuenta de su no exigencia, la cual y sin perjuicio de su irregularidad, no ocasiona discriminación, pues a todos los licitadores se les aplica por igual, por lo que este Tribunal, al amparo de los principios generales de nuestro Derecho, considera que no procedería amparar en ella la anulación de la adjudicación.

NOVENO.- En cuanto a las pretensiones planteadas en el recurso, si bien este Tribunal es competente, como señalábamos en el Fundamento 1, para conocer del mismo, existe, sin embargo un límite a nuestra competencia respecto a la pretensión articulada por el recurrente en orden a la *“la anulación de la adjudicación, la clasificación en primer lugar de GAVEUSA y la adjudicación del contrato a ésta”*. Conviene precisar, como ya lo han hecho algunos de los órganos especiales análogos de otras Administraciones Públicas, en este sentido, Resolución 62/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) que la función del Tribunal es *“exclusivamente revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme a lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el art. 107 de la Ley 30/92”, y el art. 47.2 del TRLCSP, de modo que, de existir vicio, procederá la anulación del acto, ordenando, cuando proceda, la retroacción de actuaciones al momento anterior a aquél en el que el vicio se produjo, pero “sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso, del órgano de contratación, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical de la LRJPAC”, no resultando congruente la pretensión de la anulación de la adjudicación basada en vicio de nulidad de pleno derecho de los Pliegos, que determinaría la nulidad del propio procedimiento, con la petición de adjudicación de ese procedimiento, que se entiende nulo, a la propia recurrente.*

DECIMO.- Por lo que atañe a la solicitud de recibimiento a prueba, el recurrente propone como tales *“exhibición de la oferta íntegra propuesta por BIOUNIVERSAL” y “cuantas otras resulten útiles a esta parte...”*, entiende este Tribunal su no procedencia, por no estimarse necesaria la *exhibición de la oferta íntegra* y por resultar indeterminada la relativa a *“cuantas otras resulten útiles a esta parte”*.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Inadmitir, por extemporáneo, el recurso planteado por D. Iván Barbero Ciuro, en nombre y representación de la UTE GAVEUSA, contra el acuerdo de adjudicación del Servicio de Recogida selectiva de aceites vegetales usados municipales, domésticos, no peligrosos, objeto del Expte. 59/2013, instruido por la empresa de Limpieza Pública y Protección S.A.M. del Ayuntamiento de Sevilla, en lo relativo a las actuaciones administrativas precedentes que constituyen acto consentido,

sin que concurriese causa que se lo impidiese ni se advierta causa de nulidad de pleno derecho, desestimándolo en todo lo demás.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de contratación

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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES



Fdo.- Rosa María Pérez Domínguez.