



**Recurso: 2/2019**

**Resolución: 4/2019**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES  
DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**

Marbella, a 23 de mayo de 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil EQUIPOS Y SERVICIOS DEL NORDESTE, S.L., contra el Decreto del Órgano de Contratación nº 2815/2019, de fecha 12 de marzo de 2019, relativo a la exclusión, en los tres lotes, del procedimiento para la licitación del contrato denominado **“Suministro consistente en la remodelación de contenedores soterrados (islas ecológicas) de la ciudad de Marbella para los años 2019 y 2020” (Expte. SU 6/19)**, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO**.- El 22 de noviembre de 2018, el Órgano de Contratación mediante Decreto nº 13591/2018, corregido por otro de fecha 30 de noviembre con nº 14008/2018, aprueba el expediente de contratación electrónica, incluyendo la aprobación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), del contrato de “Suministro consistente en la remodelación de contenedores soterrados (islas ecológicas) de la ciudad de Marbella para los años 2019 y 2020” (Expte. SU 6/19); anunciándose la licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 29 de noviembre de 2018.

Con fecha de 3 de diciembre de 2018, se procedió una nueva publicación en la plataforma indicada por corrección del Pliego de Condiciones Económico Administrativas Particulares (PCAP).

De acuerdo con el PCAP, el contrato, calificado como de suministros, nomenclatura CPV 34928480-6 Contenedores y cubos de residuos de basura, tiene un valor estimado 587.628,00 € euros, excluido el IVA, licitándose por lotes, procedimiento abierto, tramitación anticipada y sujeto a Regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación, criterios de valoración cuantificable de forma objetiva – consistentes en el precio y mejoras en cada uno de los lotes- y criterios evaluables mediante juicio de valor – el proyecto técnico-.



**SEGUNDO.** - Finalizado el plazo de presentación de ofertas, entre los licitadores que presentan oferta está la empresa EQUIPOS Y SERVICIOS DEL NORDESTE S. L.

El 16 de enero de 2019, por la Mesa de Contratación, se procede a la apertura de los sobres conteniendo la documentación acreditativa de los requisitos de capacidad y solvencia, sin que la Mesa aprecie la existencia de defectos, admitiéndose a todos los licitadores. Posteriormente, en la misma sesión, se realiza a la apertura de los sobres que contienen las ofertas evaluables mediante criterios basados en juicio de valor.

La Mesa, con carácter previo a la valoración de los criterios basados en juicio de valor, acuerda se remitan las propuestas presentadas por los licitadores a los Servicios Técnicos de la Delegación de Limpieza para que emitan el correspondiente Informe Técnico de Valoración, sobre la mayor o menor ventaja de las ofertas presentadas y sobre la valoración de las proposiciones a que hace alusión el Pliego de Condiciones Económico Administrativas Particulares.

El Informe Técnico de Valoración se emite el 1 de febrero. En él se contiene, de forma resumida, lo siguiente:

- La exclusión de la mercantil INNOVATECNIC XXI, S.L. por incluir en la documentación del sobre nº 2 de criterios basados en juicio de valor información relativa a los criterios de valoración objetiva del sobre nº 3.
- La exclusión de la mercantil EQUIPOS Y SERVICIOS DEL NORDESTE, S.L., en base a la siguiente fundamentación:

*“La fotografía que presenta es de un buzón de la ciudad de Marbella. No presenta fotomontaje.  
No presenta siquiera una ficha técnica con las medidas del buzón (lo que presenta es copia de lo que viene en el pliego).*

*Es decir no incluye la documentación requerida.*

*Podría al menos haber adjuntado un prototipo o incluso un boceto, con alguna de la información que se pide en el pliego, con una ficha técnica y/o plano con las medidas del contenedor, es decir alguna herramienta para poder valorar lo que pueden ofrecer y no una mera declaración de intenciones.*

*Por todo lo expuesto la mercantil Equipos y Servicios del Nordeste, S.L. debe quedar excluida de este procedimiento.”*

- Y en relación al licitador FABRICADOS ELECTROMECAÑICOS ESTEVEZ, S.L., sólo se expresa que *“cumple con lo exigido en el pliego Técnico de Prescripciones Técnicas y memoria descriptiva de acuerdo*



*con los criterios anteriormente expuestos relativo a los criterios evaluables mediante criterios de valor”.*

El 12 de febrero, la Mesa examina el informe técnico haciéndolo suyo y evalúa conforme al PCAP las ofertas de las empresas admitidas a licitación acordando, conforme al Acta, lo siguiente. “(...) *considera EXCLUIDAS del presente procedimiento en los Lotes 1, 2 y 3 a las empresas INNOVATECNIC XXI, S.L., por incluir en el sobre nº 2 información relativa al sobre nº 3, y EQUIPOS Y SERVICIOS DEL NORDESTE, S.L., por no incluir la documentación requerida”.*

En el mismo día, pero en distinta sesión, se procedió a la apertura del archivo electrónico de los criterios evaluables automáticamente (sobre nº 3) de la única proposición admitida.

También, el 12 de febrero se acuerda por el Órgano de Contratación, en base a la propuesta de la Mesa de Contratación, la exclusión del procedimiento de licitación en los tres lotes del contrato de las mercantiles anteriormente referidas (Decreto núm. 2815/2019). No constando fecha de notificación del mismo a los interesados.

La notificación contiene erróneamente la indicación del recurso y el plazo (potestativo de reposición ante el Órgano de Contratación, en el plazo de un mes, o directamente ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, en dos meses).

Con posterioridad se producen los siguientes trámites en el expediente.

El 20 de febrero de 2019, la Mesa de Contratación, previa emisión del correspondiente informe técnico de los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, acordó proponer la adjudicación de los tres lotes que conforman el contrato a la mercantil FABRICADOS ELECTROMECAÑICOS ESTEVEZ, S.L.

El 19 de marzo de 2019, la Presidenta de la Mesa califica la documentación requerida y entregada por FABRICADOS ELECTROMECAÑICOS ESTEVEZ, S.L. concluyendo que la misma se ajusta a las condiciones exigidas en los pliegos para contratar con la Administración.

El 21 de marzo, el Órgano de Contratación dicta Resolución de adjudicación del contrato (los tres lotes) a favor de la mercantil referida en el anterior párrafo (Decreto núm. 3249/2019 –lote 1-, núm. 3250/2019 –lote 2- y núm. 3251/2019 –lote 3-). No constando en el expediente fecha de acreditación de las notificaciones a los interesados.



**TERCERO.**- El 24 de marzo de 2019, a través del Registro electrónico del Ayuntamiento de Marbella, la mercantil EQUIPOS Y SERVICIOS DEL NORDESTE S.L. interpone recurso especial en materia de contratación, presentándolo ante la Mesa de Contratación –se ha de entender que se realiza ante el Órgano de Contratación que es el órgano que dicta la resolución de exclusión, según propuesta de la Mesa de Contratación, mediante Decreto nº 2815/2019, de fecha 12 de marzo de 2019, -.

En el petitum del recurso se señala que aquél se interpone “*contra la exclusión, se sirva admitirlo, y previa la tramitación legal que corresponda, sea dictada resolución en la que se resuelva anular la referida exclusión y el referido acuerdo de adjudicación y permitir a mi representada entrar en el proceso de valoración de su oferta*”.

No se solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

**CUARTO.** - El 1 de abril de 2019, el Órgano de Contratación remite el recurso a este Tribunal. Posteriormente, previa petición realizada por la Secretaría del Tribunal, con fecha de 9 de abril, se envía el expediente completo, acompañándolo de su informe y relación de los licitadores del procedimiento de contratación, con los datos precisos a efectos de notificaciones.

**QUINTO.** - Con fecha 2 de abril de 2019, por parte de la Secretaría del Tribunal, se efectuó requerimiento para acreditación de la representación de D. Javier Carrasco Carrasco a efectos de la interposición de recurso especial en materia de contratación en nombre de la mercantil recurrente EQUIPOS Y SERVICIOS DEL NORDESTE, S.L. en virtud de lo establecido en el apartado 2 del art. 51 LCSP, habiéndose subsanado dicho requerimiento en el plazo legalmente conferido al efecto.

**SEXTO.** - La Secretaría del Tribunal, el 10 de abril de 2019, da traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de 5 días hábiles para que, si lo estimasen oportuno, formularan alegaciones que a su derecho conviniese, no habiendo hecho uso del mismo ninguno de ellos según certificado emitido por la Titular del Órgano de Apoyo a la J.G.L. con fecha de 13 de mayo de 2019.

**SÉPTIMO.** - Este Tribunal, en la sesión celebrada el 11 de abril de 2019, acordó por unanimidad, entre otros, admitir el recurso a trámite y, previa ponderación de los intereses públicos y privados, adoptar de oficio la medida cautelar de suspensión del acto de adjudicación y firma del contrato.

De conformidad con el artículo 56.3 LCSP, y en relación a la medida cautelar adoptada, también se acordó dar audiencia al Órgano de Contratación autor del acto impugnado por plazo de dos días (naturales).



Transcurrido el plazo indicado en el párrafo anterior, sin que se presentara alegación a la medida cautelar, este Tribunal, con fecha de 24 de abril de 2019, procedió a la ratificación de dicha medida.

**OCTAVO.**- En la resolución del presente recurso resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP); y en lo que no se oponga a la misma 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; por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; por el Real Decreto 77/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP) aprobados por Decreto del Órgano de Contratación nº 13591/2018, de 22 de noviembre de 2018; por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; así como el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108, de 6 de junio de 2018).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 4 del art. 46 LCSP, 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, así como en el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108 de 6 de junio de 2018).

Este Tribunal ha iniciado su funcionamiento con fecha 20 de septiembre de 2018.

**SEGUNDO.** - La recurrente es licitadora en el procedimiento de contratación en el que se ha dictado el Acuerdo recurrido.

No obstante, conforme al artículo 48 de la LCSP, tal circunstancia no atribuye por sí sola la condición de interesado pues, de acuerdo a doctrina jurisprudencial reiterada, para que exista interés legítimo es preciso que de la declaración de invalidez del acto recurrido resulte para el recurrente un beneficio real y efectivo.





En este caso la acción se dirige contra el Decreto del Órgano de Contratación nº 2815/2019, de fecha 12 de marzo de 2019, relativo a la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación.

La recurrente tiene legitimación por cuanto de admitirse su pretensión se anularía aquel acto y los posteriores que traen causa del vicio, incluida tanto la propuesta de adjudicación, como la adjudicación ya dictada, por lo que obtendría el beneficio real y efectivo de poder ser adjudicataria del contrato.

**TERCERO.** - El acto recurrido, la exclusión del recurrente, se refiere a un procedimiento de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros susceptible de recurso especial en materia de contratación (art. 44.1.a) LCSP).

Por otro lado, nos encontramos ante un acto de trámite cualificado que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento y produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de la recurrente, el de exclusión, que por lo demás el artículo 44.2.b) de la LCSP declara expresamente recurrible: *«los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o **exclusión de ofertas**, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149».*

En consecuencia, el acto de exclusión del recurrente en el procedimiento de licitación es susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a los artículos 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

**CUARTO.** - Por lo que atañe a si el recurso ha sido interpuesto en plazo y si resulta admisible, significar que esta cuestión ya fue resuelta por este Tribunal en su sesión de fecha 11 de abril de 2019 por la que se acordó su admisibilidad.

Si bien conviene precisar con respecto al motivo de la admisibilidad del recurso, teniendo en cuenta que el mismo fue interpuesto ante el Órgano de Contratación, que el RD 814/2015, de 11 de septiembre en su art. 11 en relación a los órganos competentes para la resolución de procedimientos especiales de revisión de las entidades locales señala que:



*“1. En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia para conocer de los recursos especiales en materia de contratación, reclamaciones y cuestiones de nulidad de las corporaciones locales corresponderá al mismo órgano administrativo al que las comunidades autónomas, en cuyo territorio se integren, la hayan atribuido.  
(...)”*

*2. Esta competencia deberá mencionarse en todo caso en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento de contenido análogo que haga sus veces identificando al órgano ante el que deben interponerse los recursos, las reclamaciones y las cuestiones de nulidad.”*

Una vez analizado el PCAP que rige en el procedimiento de licitación, se constata la omisión a la referencia de la competencia del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella.

Por otro lado, la notificación del Decreto de exclusión es defectuosa, ya que la indicación del recurso (potestativo de reposición) y el plazo (un mes) no son los correctos, ya que estamos ante un acto de trámite de exclusión de ofertas susceptible del recurso especial en materia de contratación.

No se tiene constancia de la notificación del Decreto de exclusión a los licitadores en el expediente remitido por el Órgano de Contratación, dicho dato se ratifica en el hecho de que el recurrente presenta el recurso cuando le es notificado los Decretos de adjudicación de cada uno de los tres lotes, donde la indicación del recurso y el plazo es correcto.

Por lo que hemos de traer a colación lo señalado por la Resolución nº 120/2017 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la CCAA de Euskadi en la que se indica que:

*“En el presente procedimiento nos encontramos ante un acto expreso de admisión de ofertas que es notificado a los interesados, si bien de forma defectuosa pues el ofrecimiento de recursos que realiza la notificación es erróneo al señalar como el procedente el potestativo de reposición. El artículo 40 de la ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que  
(...)”*



*Requisitos cuyo cumplimiento no consta en el presente caso (se ofrece el recurso de reposición ante el órgano que dictó el acto en lugar del recurso especial ante este OARC) por lo que de acuerdo con una reiteradísima doctrina (ver ejemplo, las resoluciones 15/2016, 94/2016, 126/2016 y 27/2017, así como las sentencias del Tribunal Supremo que se resume, por ejemplo, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011), en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el momento en el que se produzca”.*

Doctrina que entendemos plenamente trasladable al supuesto que nos ocupa por lo que en aplicación del principio “*pro actione*” y al haberse omitido por el Órgano de Contratación la mención de la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 11 del RD 814/2015, de 11 de septiembre, así como la notificación defectuosa realizada, es por lo que debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesto en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el momento en el que se produzca.

**QUINTO.** - Entrando ya en el fondo del recurso, la de nulidad del acto de exclusión en los tres lotes del contrato, la recurrente aduce como motivos de oposición al acto:

- La afirmación de que en el PPTP se exige que, debido a que se busca una “*homogeneización estética*”, “*los buzones de los contenedores soterrados sean del modelo especificado anteriormente*”, adjuntando imágenes y dimensiones de los mismos. No pudiendo ser parecidos, similares o equivalentes sino como se indican y muestran en el PPTP.
- Que, como consecuencia de dicha exigencia, la fotografía que presentan es la de un buzón de la ciudad de Marbella con los letreros estipulados en el pliego y como ficha técnica la que consta en el PPTP.
- Que dicha documentación debe ser objeto de valoración, con mayor o menor puntuación, pero nunca ser causa de exclusión.
- Que solamente quien previamente ha fabricado o diseñado una cosa tiene fotografías y detalles técnicos de lo fabricado.
- Que suministrarán los buzones como los que han indicado en su oferta (fotografía, medidas y rótulos especificados) que es lo exigido en el PPTP.
- Concluyendo que la documentación aportada ha cumplido 100% con lo que se pedía en el pliego.





El Órgano de Contratación, en su informe jurídico, señala, en síntesis y por lo que aquí interesa, lo siguiente:

- Que utiliza una imagen de un elemento que no es suyo para presentarla como propia en un procedimiento de licitación, sin advertirlo al Órgano de Contratación, no dando cumplimiento a lo requerido en el Pliego. La exigencia de la fotografía es constatar que el modelo ofertado por cada licitador cumple con las exigencias del Pliego y la consecuencia de su incumplimiento está perfectamente tasada en los pliegos “...*la no presentación de esta documentación será motivo de exclusión de la licitación*”.
- No se puede admitir que una licitadora se presente a la licitación ofreciendo un elemento que dice tendrá (no tiene) y en apoyo de ello muestra la imagen del contenedor suministrado por otra empresa.
- Que, con respecto a la presentación de la fotografía en color del buzón con los letreros estipulados en el Pliego, la recurrente presenta de nuevo la fotografía de uno de los buzones instalados en Marbella y ya serigrafiados, por lo que se rechaza la alegación por las mismas razones expuestas anteriormente.
- Por último, en los pliegos se exige Ficha técnica con todas las medidas del buzón, habiendo presentado la recurrente una fotocopia del pliego donde se recoge las cuestiones técnicas, defendiendo la recurrente que ha realizado una ficha técnica.
- Que es claro y palmario el incumplimiento del licitador recurrente de la forma de presentar las ofertas. Y por tanto, las consecuencias jurídicas derivadas de ellas son claras y precisas, no sujetas a valoración subjetiva alguna “...*la no presentación de esta documentación será motivo de exclusión de la licitación...*” (cláusula 28.2 del PCAP). Por lo que está plenamente justificada la exclusión del procedimiento de licitación de la recurrente.
- Frente a la argumentación de la recurrente de que solamente quien previamente ha fabricado o diseñado una cosa tiene fotografías y detalles técnicos de lo fabricado, se contesta que el resto de los licitadores no han sido excluidos de la licitación por la causa que lo ha sido la recurrente.
- Concluyendo que procede desestimar las alegaciones expuestas por la recurrente contra su exclusión.



**SEXTO.** - En cuanto a la cuestiones planteadas de admisibilidad de la oferta o exclusión por incumplimiento de los pliegos, indicar que el artículo 139.1 de la LCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en los pliegos, y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Teniendo en cuenta la doctrina sobre la posibilidad de exclusión por incumplimiento de los pliegos de prescripciones técnicas en las ofertas de los licitadores, examinaremos si tal incumplimiento se ha producido en el presente caso.

Al efecto, se han de examinar el alcance de las siguientes prescripciones:

- I. En el apartado 27.1 “Presentación de las proposiciones” de la cláusula 27 “Lugar y forma de presentación de las proposiciones” del PCAP, se dispone:

*“(…) La presentación de proposiciones vincula al licitador con la Administración y presume por parte de dicho licitador la aceptación incondicional, sin salvedad ni reserva alguna, de las cláusulas y condiciones de los Pliegos y la declaración responsable de que contratar con la Administración. Una vez presentada una proposición no podrá ser retirada bajo ningún pretexto.”*

- II. En el apartado 28.2 “Sobre número 2: Documentación para valoración de criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. (Oferta técnica-criterios subjetivos)” de la cláusula 28 de “Documentación a presentar por los licitadores” del PCAP, que transcribe el apartado 5.1 de la Memoria Descriptiva -documento que conforma el expediente del contrato-, se establece:

*“La documentación a incluir en este sobre es la siguiente:*

*- Proyecto técnico de instalación con su propuesta de actuación. En este proyecto se incluirá todas las cuestiones que el licitador estime conveniente para la mejor gestión del servicio, todo ellos debidamente motivado, quedando sometido a valoración su adecuación e idoneidad al proyecto presentado, incluirá además los medios personales y materiales que vayan a aportar al servicio.*

*Con relación al buzón deberá presentar:*

- *Reportaje fotográfico en color del buzón exterior (360º)*



- *Fotomontaje o fotografía en color del buzón con los vinilos y/o serigrafías estipulados en el pliego.*
- *Ficha técnica con todas las medidas del buzón. (360º).*
- *El licitador deberá indicar lugar donde tenga instalado un buzón del que oferta con el fin de poder contrastar en caso de duda las características ofrecidas.*

*La no presentación de esta documentación será motivo de exclusión de la licitación.”*

- III. En el PPTP, en el apartado 7.1 “Especificaciones generales de los contenedores” de la prescripción 7 “Especificaciones técnicas de los nuevos equipos a instalar”, se indica:

**“Buzón**

*Buzón construido en chapa de acero de 3 mm de espesor y ancho 800 mm, tratamiento de cataforesis y posterior pintado con secado al horno. La apertura del buzón dispondrá de un cajón fabricado en acero inoxidable AISI-316 que incorpora amortiguadores STABILUS, letreros de residuos y anagramas del ayuntamiento fabricados mediante calados en chapa de acero inoxidable ausentes de serigrafías.”*

Se acompaña dicha descripción con dos imágenes, en dibujo, del buzón, una frontal con indicación de medidas, 800 de ancho por 1129 de alto, y otra frontal-lateral.

Continua el apartado 7.1, incorporando un apartado relativo a la “Homogeneización estética”:

*Uno de los objetivos de esta Delegación es conseguir una homogeneización estética en el mobiliario urbano de limpieza por lo que para este expediente se solicita que los buzones de los contenedores soterrados sean del modelo especificado anteriormente.*

*Será obligatorio la aportación de la siguiente documentación para poder valorar las características técnicas que se ofrezcan del buzón:*

*Fotografía en color del buzón.*

*Fotomontaje o fotografía en color del buzón con los letreros estipulado en el pliego.*

*Ficha técnica con todas las medidas del buzón.*



*La no presentación de esta documentación será motivo de exclusión de la licitación.*

*Los buzones para las siguientes ubicaciones serán de acero inoxidable Puerto Banus, Edificio Mediterráneo y Puerto Deportivo con el fin de evitar una mayor corrosión por estar cerca del mar”.*

IV. En la prescripción 8 “Proyecto Técnico” del PPTP, se indica:

*La documentación mínima será la siguiente:*

*Proyecto técnico de instalación con su propuesta de actuación a nivel municipal.*

*En este proyecto se incluirá todas las cuestiones que el licitador estime conveniente para la mejor gestión del servicio, todo ellos debidamente motivado, quedando sometido a valoración su adecuación e idoneidad al proyecto presentado.*

*Los errores e incongruencias detectadas en el proyecto darán lugar a la falta de valoración en el apartado correspondiente.*

V. Por último, en la cláusula 35 “Valoración de las proposiciones”, apartado “B) Criterios evaluables mediante juicio de valor (Igual para los tres lotes)” del PCAP se incorpora los criterios de valoración recogidos en la Memoria Descriptiva (apartado 3.1.B)) que conforma el expediente del contrato, estableciendo la valoración del Proyecto Técnico con hasta 45 puntos.

Dicha valoración se realiza sobre tres apartados:

- Concepción global de proyecto, presentación, acciones y contenido, calificándose de 0 a 25 puntos diferenciado en cuatro tramos (Muy Bien, Bien, Básico y Deficiente).
- Modelo de buzón, valorándose de 0 a 15 puntos según los tramos referidos anteriormente.
- Medios personales y materiales que se adscriban al servicio, valorándose de 0 a 5 puntos, con los mismos tramos anteriores.



Todas estas prescripciones han de interpretarse como una exigencia derivada de lo establecido en el art. 126 de la LCSP:

*“1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. (...)*

*6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente»”.*

Si bien es cierto que los Pliegos no han sido objeto de recurso, existe una clara contradicción al exigir por un lado que el buzón de los contenedores soterrados tiene que ser del modelo especificado (características técnicas, imagen y medidas), a fin de conseguir una homogeneización estética en el mobiliario urbano de limpieza, para posteriormente exigir fotografías y ficha técnica para poder valorar las características técnicas de buzón que se ofrezca.

Es obvio que, para obtener la mayor puntuación en el apartado “*modelo de buzón*” de los criterios evaluables mediante juicio de valor, los licitadores presentarán el modelo de buzón que se está solicitando pues el hecho de ofrecer otro distinto, similar o parecido no cumpliría con lo establecido en la cláusula 7.1 del PPTP y sería objeto de exclusión.

Si bien tanto la cláusula 7.1 del PPTP como el apartado 28.2 del PCAP advierten de las consecuencias de la no incorporación de la documentación que obligatoriamente debe contener el sobre 2 (Proyecto Técnico y la documentación relativa al buzón), y los pliegos constituyen la ley del contrato, la apreciación de las causas de exclusión debe hacerse en aplicación de los principios generales de la contratación pública y de la regulación de la viabilidad de la oferta regulada en el artículo 84 del RGLCAP. La aplicación de dichas cláusulas no puede tener carácter automático y para su interpretación hay que considerar que la exclusión de la oferta procederá cuando lo aportado acredite la inviabilidad o incoherencia (*Resolución nº 168/2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid*). La calificación de la documentación pretende excluir las proposiciones que no cumplen los requisitos esenciales e indispensables y no responder a un rigorismo contrario a los principios de la contratación pública.





Así es expuesto en la Resolución nº 985/2015, de 23 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC): “(...) *debe tenerse en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TRLCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TRLCSP cuando exige que: <<Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia>>. En consonancia con ello, debe interpretarse el art. 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación” (Resolución 613/2014, de 8 de septiembre), por lo que “no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato” (Resolución 815/2014, de 31 de octubre).*

*A ello añadiremos que el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro.*

*En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación.*

*Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato.*

*Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar.*



*Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.*

*De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado.»*

El recurrente explica en su oferta, en relación al buzón, que no puede indicar al Ayuntamiento donde tiene un buzón fabricado de las características exigidas en los pliegos porque sólo el fabricante actual de los buzones instalados Marbella tiene esa posibilidad. Y que, como fabricantes, gozan de la posibilidad de realizar el buzón tal y como se indica en el pliego.

Solo cabrá la exclusión de un licitador cuando a la vista de la documentación presentada, ésta resulte de forma objetiva inviable o demuestre la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos. En este caso, no se acredita la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos, pues aporta fotografía del buzón que se compromete a suministrar (fotografía de un buzón de Marbella), medidas (las indicadas en el PPTP) y características del mismo (las establecidas en el PPTP). Por tanto, la exclusión del licitador no cabe, porque no es razonable adivinar ni presumir que el licitador que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (*Resolución 250/2013, de 4 de julio del TACRC*). Ya que si se admitiera la exclusión del recurrente, se estaría tomando una medida que restringe la libre competencia, pues tan sólo el fabricante actual de ese modelo de buzón podría ser el único que presentara fotografía del buzón que produce y ficha técnica completa del mismo.

Y eso es así, porque examinadas las ofertas presentadas por las otras dos empresas que se han presentado a la licitación, también presentan fotografía de un buzón sito en Marbella, las medidas indicadas en el PPTP y las características establecidas en el PPTP, con mayor o menor detalle.



AYUNTAMIENTO

Marbella

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES

En el caso de la empresa INNOVATECNIC XXI, S.L., excluida por incluir en el Sobre nº 2 información relativa al Sobre nº 3, presenta en su oferta fotografía de dos tipos de buzón ubicados en el municipio de Marbella, las imágenes del buzón con medidas del PPTP, las características establecidas en el PPTP y fichas técnicas con medidas frontales y laterales de los dos tipos de buzón de las fotografías aportadas que son propiedad de la única empresa que ha continuado en la licitación y ha resultado adjudicataria de los tres lotes del contrato. Sin embargo, INNOVATECNIC XXI, S.L. no ha sido excluida por esos motivos que sí han sido fundamentados para la exclusión de la recurrente.

Sorprende, por tanto, a este Tribunal la discrecionalidad en la emisión del Informe de Valoración de las ofertas (asumido por la Mesa y el Órgano de Contratación) al no indicar, con respecto a los otros dos licitadores, la documentación que presentan con respecto al modelo de buzón. Pero sorprende aún más, que no se proceda a la valoración conforme a los criterios evaluables mediante juicio de valor de la única empresa que sigue en el procedimiento de licitación y que se le admita con la simple expresión de que *“cumple con lo exigido en el pliego Técnico de Prescripciones Técnicas y memoria descriptiva de acuerdo con los criterios anteriormente expuestos relativo a los criterios evaluables mediante criterios de valor”*.

Por todo ello, de conformidad con las consideraciones y fundamentos expuestos y vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

### ACUERDA

**PRIMERO.** - Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la sociedad denominada **EQUIPOS Y SERVICIOS DEL NORDESTE, S.L.**, contra Decreto del Órgano de Contratación nº 2815/2019, de fecha 12 de marzo de 2019, relativo a la exclusión, en los tres lotes, del procedimiento para la licitación del contrato denominado “Suministro consistente en la remodelación de contenedores soterrados (islas ecológicas) de la ciudad de Marbella para los años 2019 y 2020” (Expte. SU 6/19), anulando parcialmente el Decreto de exclusión, en cuanto a la exclusión de la recurrente, procediendo retrotraer las actuaciones para que la Mesa de Contratación valore las ofertas presentadas relativas a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, Sobre nº 2, de los dos licitadores que continúan en el procedimiento.

**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 58.2 de la LCSP.

**CUARTO.** - Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

La presente 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.”