

Recurso 250/2018**Resolución 325/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 20 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SANIMOBEL, S.A.** contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el procedimiento de licitación del contrato denominado “Adquisición de contenedores para la recogida de distintas fracciones con sistema de recogida bilateral automático” (Expte. 444/18), convocado por la Mancomunidad Guadalquivir, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 23 de junio de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, el citado anuncio fue publicado, en lo que aquí interesa, los días 21 de junio y 9 de julio de 2018, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 2.991.450,00 euros y entre las empresas que han presentado sus proposiciones en el



procedimiento no se encuentra la ahora recurrente, según consta en la documentación que obra en el expediente de contratación remitido.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Con fecha 13 de julio de 2018, se presenta en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SANIMOBEL, S.A. (en adelante SANIMOBEL), contra el pliego de prescripciones técnicas (PPT) que junto con el cláusulas administrativas particulares rigen la licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución. En el escrito de recurso, la recurrente no solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 16 de julio de 2018 se da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita que remita la documentación necesaria para su resolución, la cual tuvo entrada en este Órgano el 26 de julio de 2018.

Posteriormente, previa solicitud de 2 y 14 de agosto, el órgano de contratación el 27 de agosto de 2018 remite el listado de entidades licitadoras con los datos necesarios a efecto de notificaciones.

QUINTO. La Secretaría del Tribunal, el 4 de septiembre de 2018, concedió un plazo de 5 días hábiles a la entidad NORD EASY IBERICA, S.L.U. (en adelante NORD EASY IBERICA), única entidad licitadora, para que formulara las



alegaciones que considerasen oportunas, habiéndolas remitido dentro del plazo mencionado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 apartados 1 y 4 de la LCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

Al respecto, procede indicar que la Mancomunidad Guadalquivir, conforme a los artículos 63 a 77 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, es una entidad local de cooperación territorial, con personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines específicos, entre los que se encuentra la recogida de residuos sólidos urbanos, constituida actualmente conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de sus Estatutos por un total de 27 municipios, todos ellos de la provincia de Sevilla.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, dispone que en el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, este Tribunal será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.

Los apartados 1 y 2 de dicho artículo 10 del Decreto 332/2011, permiten que las Corporaciones Locales creen sus propios órganos especializados para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolverlos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.



En este sentido, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, la Mancomunidad Guadalquivir no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva, a efectos de la resolución del recurso especial, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Procede a continuación abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

En este sentido, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el PPT restringe sus posibilidades de acceder a la licitación. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro con un valor estimado de 2.991.450,00 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el pliego de prescripciones



técnicas, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone que: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.”

En el supuesto examinado, el anuncio de licitación se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público, poniendo a disposición de las entidades interesadas el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el 21 de junio de 2018, y posteriormente el 9 de julio de 2018, fue publicado en dicho perfil de contratante una rectificación de los pliegos, por lo que al haber tenido entrada el recurso en el Registro de este Tribunal el 13 de julio de 2018, el mismo se interpuso en el plazo legalmente establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra el pliego de prescripciones técnicas, solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, acuerde la anulación de las características del mismo relativas al sistema de enganche y vaciado SETA F90 en la parte superior del contenedor, exigido en su cláusula segunda, por ser contraria a los principios de libre concurrencia y competencia previstos en la LCSP.



Al respecto, la cláusula segunda del PPT -características de los contenedores- dispone en lo que aquí interesa que:

«Los contenedores, que tendrán una capacidad de 3.500 litros, deberán disponer de un sistema de enganche y vaciado SETA F90, lo que le permitirá su adaptación al sistema de elevación y descarga de contenedores de los vehículos de recogida de residuos y lavado de contenedores de carga bilateral automática. Estarán realizados en acero galvanizado de 1,2 mm de espesor.

Básicamente el contenedor estará compuesto por:

(...)

-Sistema de enganche y vaciado SETA F90 en la parte superior del contenedor.

(...)».

Pues bien, la recurrente entiende que la exigencia prevista en el PPT de disponer los contenedores de un sistema de enganche y vaciado SETA F90 en la parte superior del contenedor, le impide participar en la presente licitación, pues el referido sistema solo puede ser suministrado por una única empresa denominada NORD ENGINEERING DI ARMANDO LODOVICO & C.S.N.C. STRADA NAZIONALE 80 (en adelante NORD ENGINEERING), al ser de propiedad y uso exclusivo de dicha entidad al haberlo patentado. En este sentido, indica el número de la patente europea es EP1172308, validada en España con el número ES2228704, encontrándose la misma vigente hasta el 4 de julio de 2021.

Concluye la recurrente que la indicación en el PPT de una marca determinada (SETA F90) que además está patentada, le impide participar en el presente procedimiento de contratación, implicando todo ello un vicio de nulidad, desde el momento en que dicha exigencia no permite, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126 de la LCSP, un sistema "equivalente" al SETA F90.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, para la adquisición de contenedores para la recogida de distintas fracciones con sistema de recogida bilateral automático, que constituye el objeto del contrato, justifica la elección del sistema SETA F90 de enganche y vaciado de contenedores en el ahorro económico que le supone con respecto al otro sistema existente en el mercado, en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.



Por último, la entidad NORD EASY IBERICA como interesada en el procedimiento de recurso, que según manifiesta tiene la exclusividad en España para la venta de los contenedores con el sistema SETA F90, se opone a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar el fondo del recurso en el que la recurrente denuncia que la característica exigida en la cláusula segunda del PPT, relativa al sistema SETA F90 de enganche y vaciado de contenedores, al no permitir un sistema equivalente, es contraria a los principios de libre concurrencia y competencia previstos en la LCSP, por que debe ser anulada.

Al respecto, es necesario recordar diversos artículos de la LCSP, con redacciones similares a los correspondientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Así el artículo 124 de la citada ley afirma que *«El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley (...)»*.

Por su parte el artículo 126.1 de dicha LCSP dispone que *«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»*.

Por último el apartado 6 del citado artículo 126 de la LCSP afirma que *“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»».

Los citados apartados 1 y 6 del artículo 126 de la LCSP son, prácticamente, una reproducción literal de los apartados 2 y 4 del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE.

La pretensión de dichos apartados 1 y 6 del artículo 126 de la LCSP, como pone de relieve la Sentencia, de 9 de febrero de 2005, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, recurso 2406/2002, en relación con análoga previsión de los textos legales anteriores a la vigente LCSP, es “*garantizar la apertura de la contratación mediante la libre competencia que afianza el principio de igualdad de oportunidades*”.

Dicha problemática, fue asimismo abordada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe 62/2007, de 26 de mayo, sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos, estableciendo en el apartado 2 del mismo lo siguiente: “*Como establecen los citados artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente apartados 1 y 6 del artículo 126 de la LCSP) y permite el último párrafo del artículo 23.8 de la citada Directiva (actualmente apartado 4 del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE), las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera*



aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción (...)”.

En definitiva, el objeto de la citada normativa contractual es, por un lado, evitar que queden injustificadamente excluidas algunas entidades licitadoras del procedimiento de adjudicación, y por otro lado, que las referencias 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, constituyan una excepción a las normas generales en relación con las prescripciones técnicas, lo que implica que debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción.

En este sentido se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 326/2015, de 15 de septiembre, 7/2016, de 20 de enero y 189/2017, de 26 de septiembre, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras en sus Resoluciones 17/2012, de 18 de enero, 672/2015, de 17 de julio y 620/2016, de 29 de julio.

En el supuesto examinado, como se ha expuesto en el fundamento anterior, el órgano de contratación en su informe al recurso, justifica la elección del sistema SETA F90 de enganche y vaciado de contenedores en el ahorro económico que le supone con respecto al otro sistema existente en el mercado denominado KINSHOFER.

En este sentido, indica que para la ejecución del objeto del contrato, que es la adquisición de contenedores para la recogida de distintas fracciones con sistema de recogida bilateral automático, el ahorro económico del sistema elegido lo es tanto en relación con las inversiones necesarias para su implantación como en los costes anuales de producción, para lo que realiza un extenso estudio comparativo de ambos sistemas. En el caso de las inversiones necesarias, indica que éstas se incrementan en 802.874,63 euros y en cuanto a los costes anuales de explotación



se incrementan en 236.495,60 euros, en ambos casos, si se opta por el sistema KINSHOFER con respecto al sistema SETA F90.

En relación con las inversiones necesarias, el informe al recurso señala que para los supuestos de recogida de la fracción de materia orgánica más restos, de recogida selectiva (fracción de envases ligeros, papel-cartón y vidrio) y de lavado de contenedores, en el caso de que se utilice el sistema KINSHOFER será necesaria la adquisición de un vehículo más que con respecto al sistema SETA F90 para cada uno de los tres supuestos. Y, en cuanto a los costes anuales de explotación, indica que el incremento al utilizar el sistema no previsto en el PPT se debe a los costes derivados del mayor personal necesario y mantenimiento de un número superior de vehículos.

En definitiva, como se ha expuesto, el órgano de contratación justifica la elección del sistema SETA F90 en el ahorro económico que le supone con respecto al otro sistema existente en el mercado. Sin embargo, en dicho estudio, se parte fundamentalmente de la premisa de que, a su juicio, sería necesario un mayor número de vehículos con el sistema no previsto en el PPT, originado por un mayor tiempo en la recogida de contenedores, circunstancia que, si bien no ha podido combatir la recurrente, sí manifiesta en el recurso que ha diseñado un sistema mucho más económico de enganche y vaciado, compatible con los contenedores y sistemas de recogida requeridos por la Mancomunidad.

Asimismo, dicho estudio no contempla el posible ahorro en la adquisición de los contenedores así como en el mantenimiento de los mismos, pues es evidente que un sistema de fabricación libre -KINSHOFER- a priori al ampliarse potencialmente el número de entidades licitadoras puede ser ofertado, tanto en lo relativo a la adquisición como el mantenimiento, a menor precio, que un sistema patentado -SETA F90- en el que solo puede presentar oferta un único fabricante.

En consecuencia, a juicio de este Órgano, el informe al recurso no ha acreditado, teniendo en cuenta todas las posibles variables, el perjuicio económico que le podría ocasionar la posible adquisición de contenedores con un sistema de recogida distinto al previsto en el PPT. Y, mucho menos, que dicho perjuicio



económico pueda suponer que el órgano de contratación haya de soportar costes desproporcionados en el sentido expuesto en el artículo 69.1.b) del RGLCAP, por lo que en presente caso debe prevalecer el principio de libertad de acceso a las licitaciones.

Por tanto, ha de concluirse que en el supuesto examinado, no se ha acreditado por el órgano de contratación que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción prevista en el artículo 126.6 de la LCSP.

Al respecto, la intención del órgano de contratación de asegurar determinado rendimiento o exigencias funcionales del producto a adquirir puede y debe conseguirse sin esta restricción a la concurrencia. En este sentido, entre otras cuestiones, existe la posibilidad de exigir en los pliegos, en la parte que se precisara, las pruebas o ensayos que pudieran ser necesarias. En caso contrario, se estaría prohibiendo el acceso a la licitación de productos de otros fabricantes, produciéndose así el efecto que trata de evitar la norma y beneficiando al fabricante, que se perpetuaría como único ofertante, así como a aquellas potenciales entidades licitadoras que pudieran disponer de acuerdos de distribución con el mismo.

En todo caso, de persistir en el órgano de contratación la necesidad de describir determinadas especificaciones técnicas haciendo 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, dicha referencia deberá ir acompañada de la mención «o equivalente».

Por último, la entidad interesada NORD EASY IBERICA, en su escrito de alegaciones al recurso, además de exponer las bondades que tiene su sistema de recogida de contenedores, afirma que el hecho de ser el propietario de la patente no significa que no pueda cederla total o parcialmente a otras empresas, mediante la contraprestación oportuna que compense todo el gasto e inversión realizado para la obtención del producto patentado, por lo que a su juicio no existe obstáculo alguno a la libre concurrencia.



Este Tribunal no comparte la afirmación anterior de la entidad interesada pues dicha circunstancia la situaría en clara ventaja sobre el resto de empresas competidoras que tendrían que añadirle un coste a los contenedores que posiblemente no los haría competitivos frente al fabricante y dueño de la patente, con clara vulneración del principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras.

Asimismo, la entidad interesada trae a colación el contenido del artículo 69.1b) del RGLCAP, manifestando que la Sentencia, de 6 de julio de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, recurso 3347/1999, con apoyo en dicho artículo, entendió que en aquel supuesto, pese a que el órgano de contratación específicamente menciona marcas sin incluir la expresión equivalente, se cumplía el principio de libre competencia. Sin embargo, no es posible entender que el supuesto de la citada Sentencia, de 6 de julio de 2004 (fundamento de derecho cuarto), sea de aplicación al caso examinado, pues en aquel la adquisición de productos no previstos en los pliegos obligaría a la Administración contratante “a adquirir productos incompatibles con el equipo o instalación existente”, circunstancia que no acontece en el supuesto examinado en el que el órgano de contratación, como se ha analizado, basa su justificación fundamentalmente en el supuesto ahorro económico.

Procede, pues, la estimación de recurso interpuesto.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el pliego de prescripciones técnicas, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SANIMOBEL, S.A.** contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el procedimiento de licitación del contrato denominado “Adquisición de contenedores para la recogida de distintas fracciones con sistema de recogida bilateral automático” (Expte. 444/18), convocado por la Mancomunidad Guadalquivir y, en consecuencia, anular dicho pliego en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

TERCERO. Notificar 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.

