

Recurso 574/2023

Resolución 619/2023

Sección Segunda

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

Sevilla, 20 de diciembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EL BOTIJO AGUA DE ANDALUCIA, S.L.** contra la resolución de fecha 14 de noviembre de 2023 de adjudicación del «Acuerdo marco para el suministro de agua mineral embotellada con dispensador y vasos», (Expediente UGR/2023/0051), promovido por la Universidad de Granada, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de septiembre de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de 101.664 €, poniéndose los pliegos a disposición de los licitadores el 25 de septiembre de 2023.

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 procedimental oportuna, el 14 de noviembre de 2023 se dicta la resolución de adjudicación del acuerdo marco indicado en el encabezamiento a la entidad VIVA AQUA SERVICE S.A. Dicha resolución se notifica a la recurrente con fecha 15 de noviembre de 2023 y se publica en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 23 de noviembre de 2023.

SEGUNDO. El 29 de noviembre de 2023, se presentó en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por EL BOTIJO AGUA DE ANDALUCIA, S.L. (en adelante, la recurrente) contra la resolución de adjudicación del acuerdo marco.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación y le solicitó la documentación necesaria para su tramitación y resolución que ha sido recibida en este Tribunal con fecha 5 de diciembre de 2023.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, no se ha cumplimentado por ninguno de los interesados.

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 su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

El acto impugnado ha sido dictado por el órgano competente de la Universidad de Granada, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial en materia de contratación, del Convenio formalizado entre la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos y la Universidad de Granada el 30 de diciembre de 2022, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

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

En el presente procedimiento de adjudicación concurrieron a la licitación la recurrente y la entidad que ha resultado adjudicataria. En el recurso, la pretensión que se ejercita es la indebida admisión de esta última por no cumplir el pliego de prescripciones técnicas quedando justificado, en principio, el interés de la recurrente en el recurso.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es 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 al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, la resolución de adjudicación fue notificada a la recurrente el 15 de noviembre de 2023 por lo que el recurso presentado en el registro de este Órgano, el 29 de noviembre de 2023, está formulado dentro del plazo previsto en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

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

Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas, a la vista de las alegaciones de las partes que pasamos a exponer a continuación.

1. Alegaciones de la recurrente.

Solicita que la empresa que ha resultado adjudicataria sea eliminada al no presentar los valores en la composición del agua que marcan los pliegos. En concreto, señala lo siguiente:



«Según las bases de la licitación del pliego de prescripciones técnicas, las características del agua en su composición son las siguientes:

o Residuo seco: inferior a 100 mg/l.

o Bicarbonatos: inferior a 70 mg/l.

o Cloruros: inferior a 10 mg/l.

o Sulfatos: inferior a 10 mg/l.

o Magnesio: inferior a 10 mg/l.

o Sodio: inferior a 10 mg/l.

o Potasio: inferior a 10 mg/l.

(...)

Los componentes que según aparecen en la ficha de analítica físicoquímica de la empresa adjudicataria son:

PH entre 6,5 y 8,5

Conductividad 200 y 350

Residuo seco 120 a 200

Bicarbonatos entre 80 y 140

Sodio entre 6 y 15

Magnesio 8-20

Calcio entre 20- 40

Incumpliendo al menos en dos de los valores, como es el residuo seco y bicarbonatos.

Teniendo conocimiento además que en diferentes ocasiones el tipo de agua que suministran están en valores en su composición aparece 0 y haciendo referencia a bebida refrescante en base de agua mineral.

Es por todo ello que interponemos este recurso el cual espero tengan en consideración(...).».

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación, en su informe, formula las siguientes consideraciones:

En primer lugar, y tras relatar brevemente los antecedentes procedimentales, comunica que, con fecha 5 de diciembre de 2023, y ante las dudas suscitadas por el recurso planteado, ha requerido a la entidad adjudicataria a fin de que acredite la composición del agua mineral que suministrará en la ejecución de los contratos basados del acuerdo marco adjudicado.

En segundo lugar, y sobre el fondo del asunto, manifiesta lo siguiente:

«1º.- En primer lugar cabe recordar que el contenido de los Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas, representan la “lex contractus” según pacífica jurisprudencia, y por ende, los pliegos son de obligado cumplimiento como consecuencia de la participación de los licitadores en el procedimiento de adjudicación de los contratos administrativos. Por otro lado las prescripciones técnicas que figuran en el Pliego son las características mínimas para que el suministro cumpla su fin, por tanto esos “mínimos” por un lado definen el objeto del contrato y son de obligado cumplimiento para todos los licitadores, y de otro lado son requisitos mensurables que sirven para evaluar las ofertas, siempre que esos requisitos se hayan fijado como criterio de valoración. El propio informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor ya contenía expresamente que la oferta de Viva Aqua Service S.A. “no presenta las certificaciones correspondientes que se indican en el PPT ni el análisis químico del agua utilizada para el suministro” razón por la que la valoración de la oferta es inferior en 5 puntos a la valoración de la empresa recurrente. Por tanto es evidente que la empresa no acredita expresamente las características mínimas del agua exigidas en el PPT.

2º.-La Mesa de contratación entendió que la no inclusión de una declaración expresa de cumplir las características mínimas del agua que se suministra no era causa de exclusión, pues la presentación de la oferta aceptando el con-



tenido del PPT hace pensar que el agua que dispensará la empresa cumple esas condiciones mínimas y en este sentido se exigiría en la ejecución de los contratos basados en este acuerdo marco.

La forma en que ha actuado la Mesa de contratación puede avalarse por lo recogido en la Resolución 815/2014, de 31 de octubre del mismo Tribunal Administrativo Central que dice lo siguiente «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 la oferta 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.

(...)

3º.- A pesar de entender la Universidad de Granada que la oferta presentada por Viva Aqua Service no puede ser excluida pues no se puede colegir que exista un incumplimiento claro y evidente, a efectos de evitar las dudas que ahora plantea la empresa recurrente sobre las características mínimas del agua mineral a suministrar, se ha solicitado a la empresa Viva Aqua Service S.A. que acredite las características mínimas del agua que va a suministrar y una vez recibida dicha acreditación poder comprobar si se cumple el PPT».

SEXTO. Consideraciones del Tribunal. Fondo del asunto: sobre el incumplimiento por la oferta de la adjudicataria de los requisitos mínimos establecidos en el PPT.

Con carácter preliminar, conviene indicar que el informe del órgano al recurso señala que, con fecha 5 de diciembre de 2023, esto es, con posterioridad a la interposición del recurso especial, se ha requerido a la entidad adjudicataria para que acredite las características mínimas del agua que va a suministrar, a fin de poder corroborar el cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas, que es precisamente la cuestión controvertida en el recurso. En concreto, la notificación efectuada a la entidad tiene el siguiente contenido:

«El Servicio de contratación a la vista que la empresa “VIVA AQUA SERVICE S.A.”, no describía en su oferta técnica las características técnicas del agua natural que suministrarán, le requiere para que en el plazo de tres días aporten la ficha o etiqueta en la que se desglosen:

o Residuo seco.

o Bicarbonatos.

o Cloruros.

o Sulfatos.

o Magnesio.

o Sodio.

o Potasio.

Dicha información se requiere a efectos de comprobar que se cumple con los mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas».



Pues bien, este Tribunal entiende que, operada la suspensión automática ex artículo 53 de la LCSP, con la interposición del recurso especial, lo razonable, desde un punto de vista procedimental hubiera sido que la adjudicataria, dentro del trámite de alegaciones previsto en el artículo 56.3 de la LCSP, acreditase, en su caso, el cumplimiento del PPT. Sin embargo, tal y como acabamos de exponer, el órgano de contratación, a efectos de evitar las dudas que suscita el recurso, ha requerido a la adjudicataria para que aclare los extremos cuestionados aun cuando defiende en el informe al recurso que la oferta de la adjudicataria no puede ser excluida por considerar que no se puede colegir que exista un incumplimiento claro y evidente del PPT.

No obstante, la consideración preliminar anterior, una vez expuestas las alegaciones de las partes, procede entrar a conocer sobre la cuestión de fondo suscitada.

La controversia pivota en torno al cumplimiento por la oferta adjudicataria del requisito previsto en el PPT respecto de la composición del agua. En concreto, el apartado 4 del PPT bajo la rúbrica “*Descripción del suministro*” establece lo siguiente:

«*Se deberán suministrar garrafas de agua mineral natural con una capacidad de 20 litros y con las siguientes características:*

- o Residuo seco: inferior a 100 mg/l.*
- o Bicarbonatos: inferior a 70 mg/l.*
- o Cloruros: inferior a 10 mg/l.*
- o Sulfatos: inferior a 10 mg/l.*
- o Magnesio: inferior a 10 mg/l.*
- o Sodio: inferior a 10 mg/l.*
- o Potasio: inferior a 10 mg/l.*

Las garrafas de agua mineral natural a suministrar se podrán solicitar según la necesidad del centro, servicio, dependencia o unidad de la UGR sin estar obligados a realizar pedidos periódicos ni cantidades mínimas. No obstante, la empresa adjudicataria podrá visitar las estancias de la UGR donde haya instalada una máquina dispensadora para supervisar el suministro y facilitar garrafas de agua, en caso de necesidad, en ese mismo momento (...).».

Por tanto, de los términos en los que el PPT se expresa se deduce que las características exigidas, en cuanto a la composición del agua, se deben considerar en los exactos términos en los que ha sido redactada. En este punto, es pertinente referirnos, en primer lugar, al artículo 139 de la LCSP que dispone “1. *Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (...).*” En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 377/2019, de 7 de noviembre) los pliegos que rigen el contrato son “*lex inter partes*” o “*lex contractus*” y vinculan a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas.

A efectos de resolver la cuestión litigiosa hemos de tomar en consideración los siguientes extremos:

1. El informe técnico de valoración del contenido del sobre B, sujeto a juicio de valor, obrante en el expediente remitido (páginas 257 y ss.) establece, respecto de la oferta de la adjudicataria, lo siguiente:

«- **Memoria técnica y de prestación del servicio**

Cumple con las prescripciones técnicas del pliego técnico en cuanto a:

- *Características de la maquinaria y del suministro*



- Características del servicio de suministro

Aporta:

- Documentación acreditativa de la información oficial de la marca sobre las características de la maquinaria

- Certificado de Aenor de Carbono Neutro

Describe que cuenta con un sistema de calidad y sostenibilidad que cumple con todos los requisitos legales obligatorios. Incide en el control de calidad del suministro de agua por parte del proveedor y el control de calidad del suministro aportado, pero no presenta las certificaciones correspondientes que se indican en el PPT ni el análisis químico del agua utilizada para el suministro.

Puntuación 25 puntos.» (el subrayado es nuestro)

2. La recurrente funda el incumplimiento del PPT por parte de la adjudicataria en que, según la ficha de analítica físicoquímica de la empresa, los componentes del agua que figuran no coinciden con los valores exigidos en el PPT al menos en dos de ellos (los relativos al residuo seco y los bicarbonatos).

Pues bien, aun cuando la cuestión sometida a examen del Tribunal es eminentemente técnica y escapa de su esfera de conocimiento jurídico, es un dato relevante para tener en cuenta la afirmación del informe técnico de valoración de las ofertas que indica que la oferta que resultó adjudicataria no presentaba las certificaciones correspondientes que se indican en el PPT ni el análisis químico del agua utilizada, y a pesar de ello, se valoró la oferta concediéndole 25 puntos.

El informe del órgano defiende la validez de la adjudicación considerando que no se trata de un incumplimiento claro, y expreso, y justifica la decisión de la mesa de no excluir la oferta al entender que la no inclusión de una declaración expresa sobre el cumplimiento de las características mínimas del agua no podía motivar la exclusión de la oferta por la presentación de esta y la aceptación incondicional de los pliegos lo que permitiría pensar que el agua cumpliría con las condiciones mínimas exigidas.

Este Tribunal no puede aceptar la alegación del órgano de contratación en la que defiende la validez de la actuación administrativa “presuponiendo” que el agua suministrada iba a cumplir con las características exigidas en el PPT en cuanto a su composición. Como señalábamos anteriormente, los pliegos que rigen el acuerdo marco son la ley entre las partes, y una vez firmes vinculan tanto a los licitadores como al órgano de contratación. Por lo que, en virtud del principio de igualdad de trato entre los licitadores, previsto en el artículo 1 de la LCSP, no se puede aceptar la alegación formulada por el órgano de contratación que supondría modificar a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas con carácter general en el PPT. Prueba de ello es que la recurrente sí incluyó – así consta en su oferta técnica- la documentación acreditativa de la calidad del agua y composición del agua mineral natural (páginas 223 y siguientes del expediente). Y en ese sentido, debería haberlo aportado también la adjudicataria, y en su defecto, habérselo requerido el órgano de contratación.

Sobre lo anterior, a la vista de lo anteriormente argumentado, este Tribunal considera que no estaba acreditada la composición del agua mineral objeto del suministro, y, por tanto, si respetaba o no las características mínimas exigidas dado que como indicamos, a diferencia de la recurrente, la adjudicataria no incluyó en su oferta técnica la documentación relativa a la calidad del agua y composición de esta. Sin embargo, este Órgano estima que hubiera resultado desproporcionada la exclusión por este motivo de la oferta de la adjudicataria, como solicita la recurrente, por lo que se considera que la mesa de contratación podría haberle solicitado una aclaración sobre su proposición a la entidad VIVA AQUA SERVICE en el sentido de acreditar si cumple las características mínimas exigidas en el PPT.

Cabe señalar que sobre la subsanación de las ofertas este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, entre otras en la Resolución 229/2023, de 3 de mayo, en la que decíamos: «Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que “excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o



completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta” Y concluye la sentencia citada que “(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron.” En la misma línea se pronuncia la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08), al indicar que el principio de proporcionalidad exigiría en este caso que, antes de proceder a la desestimación inmediata de la oferta -opción que siempre tiene en última instancia el órgano de contratación o la mesa de contratación en el supuesto examinado- se dé oportunidad al licitador de confirmar la veracidad del dato dudoso, pues de este modo se consigue, de un lado, que la Administración contratante alcance seguridad jurídica acerca de los términos reales de la oferta para así poder tomar una decisión fundada en orden a su admisión o exclusión, y, de otro lado, que el propio licitador reciba la oportunidad de confirmar la validez de dichos términos o bien de reconocer el error padecido en su oferta que la hace inviable».

Por tanto, de la doctrina expuesta se deduce que el límite a la aclaración está en el respeto al contenido de la oferta inicial como garantía y salvaguarda del principio de igualdad de trato entre los licitadores, de modo que ese contenido originario no podrá nunca modificarse o ampliarse por vía de aclaración.

Pues bien, aplicando lo anterior al presente supuesto, este Tribunal considera que la mesa de contratación al comprobar que la oferta de la adjudicataria no incorporaba el análisis químico del agua, debió pedir aclaración a VIVA AQUA en el sentido de requerirle que aportara el análisis químico del agua a fin de comprobar el cumplimiento de las características técnicas exigidas en el PPT, sin que ello entrañe la posibilidad de modificación de la oferta sino la mera constatación o acreditación de un dato objetivo de esta que se había omitido en la documentación inicial.

Esta es la actuación que resulta más acorde con los principios de concurrencia y proporcionalidad. En tal sentido cabe señalar que el principio de proporcionalidad fue asentado por la jurisprudencia comunitaria -Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08)- y elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 323/2016, de 15 de diciembre y 172/2019, de 17 de enero, entre otras). Asimismo, el principio resulta de alcance legal LCSP, toda vez que el artículo 132 de la misma dispone que «Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad».

En definitiva, a juicio de este Tribunal, no ha resultado acorde a Derecho la valoración de la oferta pese a no tener acreditados tales extremos, por los motivos indicados, por lo que procede la estimación parcial del recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, debe llevarse a cabo anulando la resolución de adjudicación de fecha 14 de noviembre de 2023, debiendo retrotraerse el procedimiento de licitación al momento de valoración de las ofertas, a fin de que, ante la ausencia de los certificados relativos a la composición del agua que permitirían constatar de manera objetiva las características mínimas exigidas en el PPT de la oferta de la adjudicataria, y antes de acordar la eventual exclusión de aquella, el órgano de contratación le solicite



aclaración, a fin de que aporte el análisis de la composición química del agua, y así acreditar la conformidad a las previsiones del PPT.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EL BOTIJO AGUA DE ANDALUCIA, S.L.** contra la resolución de fecha 14 de noviembre de 2023 de adjudicación del «Acuerdo marco para el suministro de agua mineral embotellada con dispensador y vasos», (Expediente UGR/2023/0051), promovido por la Universidad de Granada, y en consecuencia anular el acto impugnado para que se proceda según lo indicado en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. 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.

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.

