

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 12 de enero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de SOTKON SP SLU, contra el Acuerdo, de 7 de diciembre de 2022, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes por el que se adjudica el contrato “Suministro y montaje de contenedores soterrados”, número de expediente 02.07.01.01 2022/18-SS_REYES, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 25 de junio de 2022 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 28 de junio en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 759.500 euros y su plazo de duración será de seis meses.

A la presente licitación se presentaron cuatro empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Realizados los trámites correspondientes del procedimiento de licitación, mediante Acuerdo, de 7 de diciembre de 2022, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes se adjudica el contrato a la entidad FABRICADOS ELECTROMECAÑICOS ESTÉVEZ FABREZ, S.L. (en adelante FABREZ)

Tercero.- El 29 de diciembre de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de SOTKON en el que solicita que se proceda a la exclusión del adjudicatario por no cumplir las características técnicas exigidas en el pliego y que se permita consultar las ofertas presentadas por FABREZ y FORMATO VERDE (clasificado en segundo lugar).

El 3 de enero de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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 (LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo

adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 7 de diciembre de 2022, publicado el 9 e interpuesto el recurso el 29 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la adjudicación del contrato cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurrente está clasificado en tercer lugar por lo que es preciso determinar si el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello.

Quinto.- Alega el recurrente que el 28 de octubre y el 14 de diciembre solicitó al órgano de contratación la consulta de las ofertas de los licitadores FABREZ Y FORMATO VERDE sin que hasta la fecha haya recibido contestación.

Manifiesta que en el apartado “ADAPTACIONES DE LOS CONTENEDORES SOTERRADOS. Especificaciones Mínimas” dentro del capítulo “2 Prescripciones Técnicas” del Pliego de Condiciones Técnicas se indica que la plataforma de seguridad de los equipos debe cumplir las siguientes características:

“Plataforma de seguridad. Deberá adaptarse a las dimensiones de las arquetas existentes. El desbloqueo de las puertas se efectuará mediante la presión del contenedor en los resortes/pedales. Los resortes deberán garantizar el cierre de la plataforma durante la fase del vaciado del contenedor, quedando el hueco de hormigón completamente cerrado, lo que garantiza la seguridad de los peatones. Deberá incluir sistema que permita efectuar las operaciones de limpieza y mantenimiento. Deberá soportar al menos 150 kg aplicados en cualquier punto, aplicados en un círculo de 300 mm de diámetro, sin hundirse más de 150 mm. En el citado apartado También se indica que el sistema de enganche y apertura del contenedor de los equipos deben cumplir las siguientes características:

Sistema de enganche y apertura del contenedor. El sistema de recogida y apertura de compuertas deberá poder ser compatible para equipos recolectores de carga superior bilateral automatizada y/o para los equipos de descarga superior doble gancho que actualmente dispone el Ayuntamiento, de tal forma que los servicios técnicos municipales puedan decidir las características finales de sistema de enganche del buzón. El punto de enganche del contenedor para su recogida deberá disponer de un único punto (capaz de soportar toda la estructura del contenedor) La descarga de los residuos se realizará por gravedad, por la parte inferior del contenedor, mediante la apertura de compuertas de descarga. Las compuertas de descarga deberán permitir el almacenamiento de líquidos, limitando la posibilidad de vertido de líquidos a la arqueta de hormigón”.

En el pliego de cláusulas administrativas se establece que: *“Además, en la oferta económica se incluirán las tarifas de precios cerrados de los repuestos y mano de obra (en caso necesario), con una validez anual, durante la vida en servicio de los equipos”*.

En el *“ACTA DE DAR CUENTA CRITERIOS SUBJETIVOS Y APERTURA CRITERIOS OBJETIVOS”* se adjunta relación de los repuestos de cada fabricante.

En el caso de los repuestos ofertados la empresa FABREZ, que es la adjudicataria se ha detectado que la plataforma de seguridad propuesta es de contrapesos y no de *“resorte/pedales”* como se establece en las especificaciones mínimas mencionadas y que presenta en la lista de repuestos del equipo propuesto todos los componentes de una plataforma de seguridad de un sistema que no es el solicitado.

En el caso de los repuestos ofertados por la empresa FORMATO VERDE, se han detectado indicios de que el equipo propuesto puede estar incumpliendo el material de la plataforma peatonal, el material del contenedor, el sistema de apertura y enganche del contenedor.

Por ello, solicita que se proceda a la exclusión del adjudicatario y que se permita la consulta de las ofertas presentados por los licitadores FABREZ y FORMATO VERDE.

El órgano de contratación opone que la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP. La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente, de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica. En todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, *“el derecho de acceso al*

expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho". Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la falta de contestación por parte del poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).

Esta obligación de conceder a los licitadores interesados acceso al expediente cuando justifiquen la necesidad de conocerlo para fundar un recurso especial viene siendo confirmada por multitud de resoluciones del TARC. Un ejemplo de ello lo recoge la Resolución nº 741/2018 TARC: *"En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso"*.

En este sentido, la petición tampoco especifica cuál es el concreto perjuicio para la correcta elaboración del recurso que se pretende remediar mediante el acceso, finalidad del trámite previsto en el artículo 52.3 de la LCSP. Por el contrario, es claro que el recurso está ampliamente fundado, lo que denota que la recurrente ha obtenido información suficiente de la propia motivación del acto impugnado para plantear el debate sobre la legalidad de la adjudicación.

Es evidente que el recurrente ha podido articular su oposición a la valoración de las ofertas, tal y como se evidencia del propio recurso, en el que expone la oferta presentada por la adjudicataria y por qué considera que la misma no ha sido correctamente valorada.

En el procedimiento que nos ocupa, cabe recordar que el recurrente también ha tenido acceso a las actas de dar cuenta de los criterios subjetivos y la apertura de los criterios objetivos, tal y como se refiere en el citado recurso, encontrándose publicada en fecha 24 de octubre de 2022 toda la documentación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, dentro del expediente actualmente recurrido.

A mayor abundamiento, con fecha 27 de octubre de 2022 se puso a disposición de los licitadores en la sede electrónica, el denominado Informe técnico en el que se valoran las ofertas conforme a los criterios de adjudicación que dependen de juicios de valor y, dado que el recurrente ha accedido a dicho informe, como puede apreciarse en el propio escrito de recurso, no se considera vulnerado su derecho a la defensa.

A la vista de todo ello, este Órgano entiende que la adjudicación impugnada está suficientemente motivada y respeta los límites del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador pretendiéndose únicamente sustituir el juicio técnico del poder adjudicador, que se presume objetivo e imparcial, por el del propio recurrente, necesariamente interesado.

Vistas las posiciones de las partes en primer lugar señalar que este Tribunal reprocha la actuación del órgano de contratación por lo que se refiere a la solicitud del recurrente de acceso a las ofertas pues debería haber emitido un acto administrativo concediendo o denegando dicho acceso de forma motivada.

Al margen de lo anterior, procede traer a colación el artículo 133 de la LCSP establece que *“1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores”*.

El informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, *“Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores”*, señala que el artículo 124 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 133 de la LCSP) hay que interpretarlo, en todo caso, de forma matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

“1º) La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 123 de la Ley citada) que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.

2º) El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.

3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular la oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad”.

Y este mismo informe concluye que *“La obligación de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de ésta a los interesados no implica la obligación de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las distintas proposiciones, sin perjuicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ella”.*

Asimismo, el derecho a un recurso efectivo mediante el suministro de información suficiente a los licitadores que lo soliciten, viene recogido por diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, asuntos T- 461/08 y T- 298/09. En este mismo sentido cabe citar la Resolución 47/2014, de 19 de marzo, de este Tribunal.

Dicho lo anterior procede analizar si procede acordar la solicitud de acceso al expediente solicitada por el recurrente ya que el órgano de contratación considera que no procede por tener conocimiento de diversa documentación que le permite fundamentar su recurso.

Es preciso recordar que el acceso al expediente es instrumental de cara a la fundamentación de las acciones que la recurrente considere necesario ejercitar en defensa de sus intereses legítimos. Tiene una función finalista, de tal forma que sirva para que el recurrente pueda defender sus pretensiones y *“completar su recurso”*. En estos términos se manifiesta en el artículo 52.3 de la LCSP y el del 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.

El recurrente se encuentra clasificado en tercer lugar y si bien respecto de la oferta del adjudicatario realiza unas alegaciones que fundamentan por qué considera que la oferta técnica no cumple con los criterios del PPT, sin embargo, respecto del clasificado en segundo lugar simplemente indica *“Se han detectado indicios de que el equipo propuesto puede estar incumpliendo las especificaciones técnicas mínimas que establece el pliego. En concreto, podrían estar incumpliendo el material peatonal, el material de contenedor, el sistema de apertura y enganche del contenedor”* transcribiendo a continuación la relación de los repuestos del fabricante que consta en el *“Acta dar cuenta criterios subjetivos y apertura criterios objetivos”*, sin realizar la más mínima reflexión de dónde se desprenden esos indicios.

Como señala la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que cita el órgano de contratación *“el acceso al expediente no puede obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora”*.

El acceso al expediente de contratación no es baladí, es un trámite que debe tratarse con rigor, considerando los retrasos que produce en la tramitación de los procedimientos de licitación.

Además, es preciso tener en cuenta el carácter confidencial de los documentos, que en el presente caso el propio recurrente declara confidencial su oferta técnica y sin embargo pretende acceder a las ofertas del resto de licitadores.

Por ello, de acuerdo con lo expuesto anteriormente se deniega el acceso al expediente, pues a juicio de este Tribunal no se le ha producido indefensión y podía haber fundamentado, aunque sea mínimamente, a la vista de la documentación que disponía el recurrente, los incumplimientos de los pliegos que a su juicio podían haberse producido en la oferta del licitador clasificado en segundo lugar.

Denegado el acceso a la información solicitada procede resolver el recurso interpuesto, analizando en primer lugar las alegaciones realizadas por el recurrente del clasificado en segundo lugar.

SOTKON alega que *“podrían estar incumpliendo el material de la plataforma peatonal, el material del contenedor, el sistema de apertura y enganche del contener”* sin fundamentar de dónde se desprende esos posibles incumplimientos, y simplemente se limita a transcribir la relación de repuestos, por lo que dichas alegaciones carecen de fundamento que impiden a este Tribunal pronunciarse sobre la conformidad o no de la decisión del órgano de contratación.

El artículo 116.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de aplicación supletoria a la LCSP, establece como causa de inadmisión carecer el recurso manifiestamente de fundamento.

Inadmitidas las alegaciones vertidas en relación con la oferta del licitador clasificado en segundo lugar, implica que el recurrente no está legitimado para interponer el recurso, pues ante una hipotética estimación del recurso en relación con la adjudicación no supondría ningún beneficio para el recurrente pues no alcanzaría la condición de adjudicatario.

En consecuencia, se inadmite el recurso por falta de legitimación del recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Denegar el acceso al expediente del contrato se “Suministro y montaje de contenedores soterrados” del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, número de expediente 02.07.01.01 2022/18-SS_REYES.

Segundo.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de SOTKON SP SLU, contra el Acuerdo, de 7 de diciembre de 2022, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes por el que se adjudica el contrato se “Suministro y Montaje de Contenedores Soterrados”, número de expediente 02.07.01.01 2022/18-SS_REYES, por falta de legitimación del recurrente.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.