

Barcelona, 28 de novembre de 2018

Resolució: 247/2018 (recurs N-2018-138)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per la senyora M.R.S., en nom i representació de l'empresa CAIXABANK EQUIPMENT FINANCE SAU, contra l'adjudicació del contracte de subministrament i instal·lació de contenidors soterrats per a la recollida de residus al municipi de Cambrils, mitjançant arrendament operatiu (rènting) a llarg termini, licitat per SERVEIS COMARCALS MEDIAMBIENTALS, SA (expedient CSUB 17/2017), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la Resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. El Consell Comarcal del Baix Camp gestiona el servei de recollida de residus al municipi de Cambrils per encàrrec de la corporació municipal.

El servei es gestiona directament a través de la societat anònima comarcal Serveis Comarcals Mediambientals, SA (en endavant, SECOMSA), com a ens instrumental del Consell Comarcal i que té la consideració de poder adjudicador no administració pública als efectes de la legislació de contractes del sector públic, corresponent a aquesta empresa l'execució de les inversions acordades en aquest àmbit.

SEGON. En data 22 de maig de 2018, el consell d'administració de SECOMSA va adjudicar el contracte de referència, tramitat a través de procediment obert i subjecte a regulació harmonitzada, a favor de la proposició formulada per BBVA RENTING, SA (d'ara endavant, BBVA).

En data 24 de maig de 2018, l'adjudicació es va publicar al perfil de contractant de SECOMSA, allotjat a la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, i simultàniament se'n va posar a disposició la notificació electrònica a l'empresa CAIXABANK EQUIPMENT FINANCE, SAU (en endavant, CAIXABANK), la qual hi va accedir i la va acceptar el 31 de maig de 2018.

TERCER. En data 13 de juny de 2018, CAIXABANK va presentar en el registre del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal) recurs especial en matèria de contractació contra l'esmentada adjudicació, mitjançant el qual sol·licita:

- Que s'anul·li l'acord d'adjudicació del contracte i s'expulsi del procediment de contractació a totes les empreses licitadores que la precedeixen en la classificació final de les proposicions (BBVA; BANC SABADELL RENTING, SL –BS-, i FORMATO VERDE, SL –FORMATO VERDE-), pel fet que no compleixen els requisits tècnics exigits en el plec de prescripcions tècniques (PPT) que regeix la licitació, ja que no poden obtenir ni emetre els certificats necessaris dels contenidors soterrats que pretenen subministrar.
- Que s'adjudiqui el contracte a la recurrent CAIXABANK.

QUART. En data 18 de juny de 2018, CAIXABANK va acreditar al Tribunal l'esmena del requisit de personalitat i representació detectat en el recurs.

CINQUÈ. En data 14 de novembre de 2018, l'òrgan de contractació va completar la tramesa al Tribunal de la totalitat de l'expedient de contractació i la documentació necessària per tramitar el recurs.

SISÈ. Obert el període d'al·legacions a les parts interessades, segons les dades proporcionades per l'òrgan de contractació, van fer ús del tràmit les empreses BBVA i FORMATO VERDE, SL.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació de conformitat amb l'article 46 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), la disposició adicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

SEGON. Respecte a la normativa aplicable al contracte impugnat, de conformitat amb l'apartat 1 de la disposició transitòria primera de la LCSP, que va entrar en vigor el 9 de març de 2018, aquesta licitació es regeix pel règim jurídic anterior (Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre –TRLCS- i les Directives de quarta generació), en tant que l'expedient de contractació es va iniciar abans de l'entrada en vigor de la LCSP –a aquests efectes, la publicitat de la licitació va tenir lloc al gener de 2018, documents 4 i 5 de l'expedient-.

En canvi, quant a la tramitació i resolució del recurs especial en matèria de contractació, la normativa que resulta d'aplicació és ja la LCSP, de conformitat amb l'apartat 4 de l'esmentada disposició transitòria primera, atès que l'acte impugnat va ser dictat amb posterioritat a la seva entrada en vigor, com s'ha indicat en l'antecedent de fet segon d'aquesta Resolució.

TERCER. El contracte de subministrament de referència, en la modalitat d'arrendament operatiu (rènting) a llarg termini i d'un valor estimat de 2.271.899,52 euros, és susceptible del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

D'acord amb l'apartat 1 del PPT, l'objecte del contracte és l'arrendament durant 8 anys de contenidors de les diferents fraccions de residus (orgànica, vidre, cartró, envasos i resta) per al municipi de Cambrils, comprensiu també d'aquestes prestacions:

1. Retirada dels antics contenidors soterrats al municipi de Cambrils.
2. Trasllet dels antics contenidors fins al punt que determini la societat SECOMSA.

3. Instal·lació de plataformes de seguretat i adequació, si calgués, dels espais per a la correcta instal·lació dels nous contenidors.
4. Instal·lació dels nous contenidors a les àrees definides.
5. Posada en funcionament del sistema amb totes les mesures de seguretat.
6. Serveis de manteniment correctiu i preventiu.

Als efectes que interessen per al cas, entre els serveis inclosos en l'arrendament (manteniment) s'inclouen els següents, entre d'altres, indicats en l'apartat 2 del PPT -i, en el mateix sentit, la clàusula 2 del plec de clàusules administratives particulars (PCAP)-:

- “● *L'adaptació de l'arqueta dels contenidors existents i la retirada i trasllat al lloc indicat per SECOMSA de tots els elements actuals que no siguin necessaris per als nous contenidors soterrats.*
- *La realització de l'obra civil necessària per garantir una adequada integració amb la vorera i la calçada dels nous contenidors soterrats.*”

QUART. El recurs s'ha presentat contra l'adjudicació del contracte, que és un acte objecte del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 44.2 c) de la LCSP.

CINQUÈ. El Tribunal aprecia que CAIXABANK, empresa que va obtenir la darrera posició en la classificació final de les proposicions i en tant que pretén l'exclusió de totes les empreses licitadores que la precedeixen, té drets i interessos afectats per l'acte que impugna i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013, de 3 de setembre.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, d'acord amb l'article 51.1 a) de la LCSP.

SISÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils previst a l'article 50.1 de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SETÈ. Entrant a analitzar les al·legacions materials del recurs, CAIXABANK sosté que únicament la seva proposició -que proposa els contenidors del fabricant SOTKON SP, SLU- és l'única que compleix els requeriments tècnics exigits en el PPT; concretament, l'especificació tècnica de l'apartat 3.1 del PPT segons la qual:

“• Els contenidors, un cop realitzada l'adaptació, compliran amb la norma UNE-13.071-1 i UNE-13.071-2 en tots els seus aspectes i de forma integral amb tots els elements que componen l'equip (que són de forma orientativa: arqueta, contenidor, plataforma de seguretat, cubeta, tapa d'arqueta i bústia), havent de fer lliurament dels certificats emesos per un Organisme que en garanteixin el compliment i una declaració CE de conformitat en el moment de subministrament.”

Segons CAIXABANK:

“(…) es relevante señalar que el proceso de fabricación, la técnica empleada y los materiales utilizados, entre otros elementos, para la confección de las referidas arquetas son confidenciales y están protegidas por el derecho al “secreto industrial” de SOTKON SP, S.L.U.. Es por ello que el resto de licitantes no pueden acceder ni obtener las referidas necesarias certificaciones y, consecuentemente, no pueden dar cumplimiento a la totalidad de los requisitos técnicos exigidos en los Pliegos.

(…) se debe advertir que los contenedores soterrados actuales susceptibles de ser adaptados en la licitación objeto de controversia son todos de la marca “Sotkon” y, por tanto, todas las arquetas de hormigón se han fabricado siguiendo los cálculos estructurales utilizados para la obtención del referido CE de conformidad.”

En definitiva, per CAIXABANK, atès que els plecs exigeixen que per al subministrament i instal·lació dels contenidors han d'aprofitar-se les arquetes existents, i atès que aquestes van ser executades en el seu dia per SOTKON SP, SLU –el fabricant que aporta en la seva proposició-, només ella pot complir els requisits tècnics exigits perquè només ella coneix i disposa la tècnica i els materials emprats en l'execució de les arquetes.

Amb aquesta tesi, doncs, CAIXABANK sosté que totes les altres empreses licitadores han de ser excloses ex article 145.1 del TRLCSP, fonamentalment, perquè proposen contenidors d'altres fabricants (BBVA i FORMATO VERDE, SL proposen el fabricant FORMATO VERDE, SL, i BANC SABADELL RENTING, SL proposa XARXA AMBIENTAL) que, si bé són anàlegs, no compleixen la totalitat dels requisits tècnics exigits, atès que *“ninguno de ellos ha aportado un certificado de cumplimiento de las normas UNE EN ISO 13.071-1 y UNE EN ISO 13.071-2 correspondientes a los contenedores suministrados y/o que incluya la arqueta de hormigón existente y, todo ello, con carácter previo a la fecha de finalización del plazo marcado para ello”*.

Aquesta afirmació temporal la posa en connexió amb la clàusula 5.1 del plec de clàusules administratives particulars (PCAP) quan, en seu de la valoració de les ofertes pels criteris dependents d'un judici de valor establerts en aquesta licitació, disposa que:

“Dins del període de valoració, SECOMSA sol·licitarà mostres als licitadors per a una millor valoració del mateix. El lliurament i retirada de mostres serà a càrrec del licitador.

Sol·licitada la mostra per part de SECOMSA, el licitador disposarà de DEU (10) dies laborals per subministrar-les a l'adreça indicada en el seu moment per SECOMSA, sempre dins del municipi de Cambrils.”

i, al respecte, CAIXABANK indica que aquesta empresa va posar a disposició de SECOMSA *“un contenedor fabricado por SOTKON SP, S.L.U.. Dicho contenedor se suministró cumpliendo las normas UNE EN ISO 13.071-1 y UNE EN ISO 13.071-2 y prueba de ello son los certificados y ensayos aportados por parte de SOTKON SP, S.L.U. a estos efectos”*.

Per la seva banda, l'òrgan contractació s'ha oposat al recurs. En l'informe, l'òrgan de contractació defensa l'expedient de contractació, en síntesi i des del punt de vista tècnic, sobre la base que:

- Les arquetes són un cub de formigó prefabricat armat, sense cap complexitat tècnica i amb l'única finalitat d'actuar com a recipient del contenidor soterrat, amb un pes elevat per unitat.
- L'esperit i finalitat dels plecs és aprofitar les arquetes existents i garantir la compatibilitat dels nous contenidors amb aquestes, per reduir la inversió necessària per a la renovació dels contenidors, les obres necessàries i, de retruc, les molèsties a la ciutadania, si bé aquesta finalitat no pot limitar la licitació ni restringir la concurrència.
- Les arquetes actualment instal·lades compleixen la norma tècnica pel que fa a la seva resistència, seguretat i estanqueïtat. Les operacions d'adaptació proposades per les empreses licitadores no afectaran l'estructura i característiques d'aquest element, tot i que igualment hauran de certificar el compliment de la normativa un cop feta l'adaptació.
- El lliurament dels certificats s'ha de fer en el moment del subministrament i no correspon a SECOMSA posar en dubte en aquest moment de la licitació el compliment d'aquest requisit futur.

- Les normes UNE 13071-1 i UNE 13071-2 es refereixen només als contenidors, i únicament en una part de la Norma 13071-2 es fa una menció al que es consideraria l'arqueta (que a la Norma es denomina "revestiment"), en els termes següents:

"4.2 Disseny

El revestiment ha de ser resistent per suportar la pressió del terreny, y ha d'assegurar-se per evitar la flotació o l'enfonsament.

El revestiment s'ha de dissenyar i construir per permetre efectuar la seva neteja fàcilment i l'extracció de qualsevol fluid que hagi degotat el contenidor."

Les arquetes que cal mantenir en aquesta contractació compleixen la referida norma i aquesta garantia de compliment s'ofereix a totes les empreses licitadores, de manera que l'empresa que resulti adjudicatària haurà d'acreditar, en el moment d'executar el subministrament, el compliment de la resta d'exigències d'aquestes normes.

Per l'òrgan de contractació, la seva actuació s'ha de subjectar als principis de llibertat d'accés a les licitacions, igualtat de tracte i no discriminació que proclamen l'article 1 del TRLCSP per a tot el sector públic i l'article 191 a) del TRLCSP per a SECOMSA en particular, en tant que poder adjudicador que no té la consideració d'administració pública.

Així mateix, addueix que la interpretació dels plecs no pot efectuar-se de manera que suposi un obstacle o limiti la concurrència o falsegi la competència a la licitació, i que els plecs no poden mencionar una fabricació o procedència determinada o un procediment concret, ni fer referència a una marca, patent, tipus o producció determinades, invocant a l'efecte l'article 117.2 i 8 del TRLCSP quan disposa:

"2. Les prescripcions tècniques han de permetre l'accés en condicions d'igualtat dels licitadors, sense que puguin tenir per efecte la creació d'obstacles injustificats a l'obertura dels contractes públics a la competència.

(...)

8. ... les especificacions tècniques no poden esmentar una fabricació o una procedència determinada o un procediment concret, ni fer referència a una marca, a una patent o a un tipus, a un origen o a una producció determinats amb la finalitat d'afavorir o descartar certes empreses o certs productes (...)."

Per aquests motius, l'òrgan de contractació mostra el total desacord amb el recurs de CAIXABANK, en tant que entén que propugna una interpretació dels plecs contrària als principis bàsics de la contractació pública.

També per aquests motius, l'òrgan de contractació considera, d'una banda, que l'oferta de CAIXABANK és *"temerària"* perquè *"presenta un preu viciat, segurament fora de mercat, en un concurs declarat obert, quan sembla que el recurrent tenia la convicció, des d'un principi, que era l'única empresa que podia concórrer a aquell procediment"*.

Per altra banda, també per aquells motius considera que el recurs resulta extemporani perquè el que hauria d'haver fet l'empresa recurrent és impugnar els plecs d'aquesta licitació en el seu moment, i no ara l'adjudicació quan ha vist que no li ha resultat al seu favor. I el fet de no haver-ho fet va comportar que els plecs reguladors d'aquesta licitació li resultin vinculants.

Al seu torn d'al·legacions, també s'han oposat al recurs les empreses BBVA (adjudicatària) i FORMATO VERDE, SL (tercera empresa classificada en aquesta licitació i alhora fabricant dels contenidors proposat per aquesta empresa i també per BBVA).

Ambdues empreses coincideixen a al·legar que el recurs de CAIXABANK efectua manifestacions mancades de fonamentació i prova i en una interpretació tergiversada de les prescripcions tècniques.

Per aquestes empreses, el que exigeixen els plecs, quan inclouen entre les prestacions objecte del contracte *"l'adaptació de l'arqueta"* i demanen que *"els contenidors, una vegada realitzada l'adaptació, compliran amb la norma UNE..."*, és que els contenidors compleixin les normes i que es faci entrega dels certificats de compliment en el moment del subministrament, és a dir, en fase d'execució del contracte i no ara en el moment de formular les ofertes, com consideren que reinterpreta el recurs.

En aquest sentit, sostenen que els contenidors fabricats per FOMATO VERDE, SL compleixen les prescripcions tècniques exigides i que els treballs d'adaptació dels contenidors a les arquetes existents –que també al·leguen, en la mateixa línia informada per l'òrgan de contractació, que ja compleixen les regles de revestiment que marca la norma UNE 13071-2- només poden ser realitzats i certificats en el moment de l'execució del subministrament per un tercer independent, no anteriorment ni molt menys en el moment de presentar l'oferta.

Així mateix, al·leguen que el fet que els plecs demanin aprofitar les arquetes existents no pot constituir una limitació per accedir a la licitació, ja que, altrament, vulneraria els principis de la contractació pública ex article 117.2 del TRLCSP en abocar irremeiablement la licitació a un sol licitador, la recurrent.

En definitiva, per a les empreses compareixents, la petició del recurs és totalment improcedent alhora que constituiria una pràctica predatoria prohibida per la legislació de defensa de la competència, per la qual cosa sol·liciten que es desestimi el recurs, es confirmi la resolució impugnada i es declari la temeritat i mala fe de l'empresa recurrent en la interposició del recurs.

VUITÈ. Exposades les posicions de les parts i vistes les previsions del PCAP i el PPT al respecte a través dels seus respectius escrits de defensa, per analitzar la qüestió controvertida cal partir del fet que els plecs rectors de la licitació, en aquesta qüestió, no van ser impugnats en el seu moment i que, per tant, en aquest sentit, van esdevenir *lex inter partes*, de manera que les seves previsions al respecte van esdevenir vinculants per a totes les parts, tant les empreses licitadores que les van acceptar incondicionadament en presentar-se a la licitació ex article 145.1 del TRLCSP, com a l'òrgan de contractació, qui ha de vetllar per adjudicar el contracte a qui compleixi les condicions establertes, com a lògic corol·lari de la garantia dels principis d'igualtat de tracte, no discriminació i transparència que proclamen els articles 1 i 139 del TRLCSP (entre moltes altres, resolucions 218/2018, 107/2018, 99/2018, 32/2018, 102/2017, 91/2017, 54/2017, 14/2017, 6/2017, 166/2016, 125/2016, 118/2016, 78/2016, 67/2016 i 52/2016, en consonància amb la jurisprudència -per totes, sentències del Tribunal Suprem de 27 de maig de 2009, 26 de desembre de 2007, 21 de març de 2007 i 28 de juny de 2004, i de l'Audiència Nacional de 17 de febrer de 2016- i la doctrina dels tribunals de recursos contractuals, com ara, també per totes, resolucions del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC- 43/2018, 8/2018, 5/2018, 1213/2017 i 1175/2017, que recullen i citen alhora el bagatge doctrinal fins aleshores).

Al seu torn, en tractar-se la qüestió de fons d'un supòsit d'apreciació de les característiques de les ofertes licitadores per determinar si compleixen les previsions dels plecs, cal tenir en compte que hi juga també el factor de la potestat d'interpretació dels plecs, que correspon a l'òrgan de contractació, la qual resta sotmesa al control dels tribunals en la mesura que s'hi adverteixi error, obscuritat o contradicció amb l'objecte i finalitat del contracte (per totes, resolucions 218/2018, 4/2018, 170/2017, 168/2017, 24/2017, 78/2016, 211/2015 i 115/2015).

Davant això cal dir, d'una banda, que en la interpretació dels plecs és possible l'aplicació supletòria de les normes del Codi civil, l'article 1.281 del qual estableix que si el termes del contracte són clars i no deixen lloc a dubtes sobre la intenció dels contractants, caldrà estar

al sentit literal de les seves clàusules, recollint així el principi *in claris non fit interpretatio* (a més de les ja citades, resolucions 78/2016, 29/2016, 1/2016, 78/2015, 53/2015, 179/2014 i 1/2013, entre d'altres, i sentències del Tribunal Suprem de 13 de maig de 1982, de 8 de juny de 1984 i de 19 març de 2001).

La interpretació literal de les clàusules dels plecs no és l'única aplicable en els contractes. Com indica a continuació el propi article 1.281 del Codi civil: "*si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas*", i el seu article 1.284 afegeix que "*si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto*". A més, en la contractació pública, en particular, els plecs també han de ser interpretats i aplicats de manera que no suposin obstacles injustificats als seus principis bàsics (per totes, resolucions 32/2018 i 9/2016, en la línia marcada per la jurisprudència del Tribunal Suprem -per totes, Sentència de 8 de juliol de 2009- i el Tribunal de Justícia de la Unió Europea -també per totes, sentències de 29 de març de 2012, C-599/10, i de 7 d'abril de 2016, C-324/14- i, en el mateix sentit, entre d'altres, Resolució del TACRC 575/2018, que també recull doctrina anterior).

Tal com aquest Tribunal també va indicar en la Resolució 237/2018, en l'exercici de la prerrogativa d'interpretació dels contractes, doncs, no hi cap la discrecionalitat, sinó la subjecció a les regles de l'hermenèutica jurídica, primant el principi d'interpretació sistemàtica, ja que la intenció, que és l'esperit del contracte, és indivisible, és a dir, no es pot trobar en una clàusula aïllada de les altres, sinó en el tot orgànic que constitueix el contracte.

Adicionalment, i a propòsit de les al·legacions de CAIXABANK en ordre a que es rebutgin les ofertes de tota la resta d'empreses licitadores i aquestes resultin excloses del procediment, cal recordar és doctrina reiterada aquella segons la qual resulta procedent l'exclusió d'una oferta quan presenti un incompliment exprés, clar i palmari de les clàusules dels plecs, de manera que no hi hagi cap mena de dubte que l'oferta és incongruent o s'hi oposa obertament (per totes, resolucions 54/2017, 32/2016, 185/2015 i 20/2014, i Resolució del TACRC 480/2018).

Així, les exigències dels plecs han de ser interpretades de manera que no suposin obstacles injustificats als principis generals que guien la contractació pública recollits a l'article 1 del TRLCSP. En aquest mateix sentit es pronuncia l'article 139 del TRLCSP quan exigeix que els

òrgans de contractació han de donar als candidats i licitadors un tractament igualitari i no discriminatori i han d'ajustar la seva actuació al principi de transparència.

En aquesta mateixa consonància cal interpretar l'article 84 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, actualment aplicable, que realitza una regulació molt precisa dels supòsits que poden portar una proposició al seu rebuig per defectes formals o per no ajustar-se a les exigències mínimes dels plecs, els quals han de rebre, per tant, una interpretació necessàriament restrictiva.

Per tant, no qualsevol incompliment ha de suposar automàticament l'exclusió, sinó que ha d'encabir-se en alguna de les causes recollides en la normativa, han d'interpretar-se d'acord amb els principis d'igualtat i concurrència, i sempre ha de suposar la impossibilitat de l'adequada execució de l'objecte del contracte (a més de les ja citades, resolucions 107/2018 i 51/2018 i resolucions del TACRC 898/2016, 815/2014 i 613/2014).

Doncs bé, traslladada tota aquesta doctrina al cas examinat, aquest Tribunal aprecia clarament, sense que calgui cap més fonamentació, que la interpretació dels plecs que propugna CAIXABANK és absolutament contrària als principis rectors de la contractació pública que proclama l'article 1 del TRLCSP, en tant que la restringeixen injustificadament en contra del que disposen i es desprèn dels propis plecs i del que constitueix l'essència del procediment obert d'adjudicació, com és aquest el cas, el qual, com disposa l'article 157 del TRLCSP, és aquell procediment de contractació en el qual tot empresari pot presentar una proposició, quedant exclosa tota negociació dels termes del contracte amb els licitadors.

No consta en l'expedient que CAIXABANK ni cap altra empresa formulés dubtes, al·legacions ni impugnacions contra els plecs si considerava, com es desprèn de la defensa del seu recurs, que només ella podia complir les exigències de compatibilitat dels contenidors amb les arquetes existents aportant com a fabricant el mateix que n'ha estat l'executor fins ara.

Una impugnació del plec en aquest moment procedimental de l'adjudicació, sense que concorrin els motius per apreciar cap vici posat de manifest en aquest moment, és del tot punt extemporània i atempta contra el principi de seguretat jurídica, sobre el qual aquest Tribunal també s'hi ha pronunciat des dels seus inicis en consonància amb la doctrina dels tribunals de recursos contractuals (per totes, resolucions 143/2017, 125/2016, 190/2015 i 39/2015 i

Resolució del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 329/2017).

El principi de seguretat jurídica justifica que no es puguin impugnar els plecs quan ha transcorregut el termini legal, ja que, altrament, es defraudaria la confiança legítima dels competidors convençuts de la regularitat del procediment de contractació, com s'aprecia que ha succeït en aquest cas.

Doncs bé, l'articulació del recurs en aquest sentit no només resulta del tot extemporània sinó, també, mancada de fonamentació, atès que els plecs són clars i meridians en la seva formulació.

En efecte, d'una banda, dels serveis inclosos en l'objecte del contracte (clàusules 2 del PCAP i el PPT, transcrits *ut supra*) es desprèn sense cap mena de dubte que la voluntat de l'òrgan de contractació, tal com ha informat en consonància en aquest procediment de recurs, és adaptar les arquetes existents als nous contenidors que se subministren.

I, d'altra banda, el compliment de les normes UNE per part dels contenidors s'ha de certificar un cop feta aquesta adaptació i per part de l'organisme corresponent, la qual cosa no té lloc ara en la fase de licitació del contracte, sinó un cop formalitzat aquest amb l'empresa que resulti adjudicatària, és a dir, en fase d'execució del contracte.

En aquest sentit, doncs, resulta del tot improcedent la confusió o l'ànim de de confusió dels conceptes en el recurs quan indica que CAIXABANK ja va certificar el compliment de les normes per part dels contenidors quan ja els va lliurar dins del termini a l'òrgan de contractació en virtut de la clàusula 5.1 del PCAP, ja que, com s'ha vist, aquesta clàusula no fa referència a l'execució del subministrament pròpiament dit, sinó al lliurament de mostres dels contenidors proposats als efectes de la valoració de les ofertes.

Així les coses, la interpretació dels plecs que propugna el recurs no resulta ajustada a la seva literalitat ni a l'objecte i finalitat del contracte, com tampoc als principis nuclears de la contractació pública, havent d'estar a la interpretació totalment oposada i conforme donada per l'òrgan de contractació, en virtut de la qual, en conseqüència, no es pot afirmar que concorri en totes les empreses licitadores que precedeixen CAIXABANK en la classificació de les proposicions el suposat incompliment al·legat per l'empresa recurrent.

En conseqüència, correspon desestimar el recurs de CAIXABANK, confirmar la resolució impugnada i aixecar la suspensió del procediment de contractació.

NOVÈ. Per últim, l'article 58.2 de la LCSP estableix:

“2. L'òrgan competent, en cas que aprecii temeritat o mala fe en la interposició del recurs o en la sol·licitud de mesures cautelars, pot acordar la imposició d'una multa al seu responsable.

L'import de la multa ha de ser de 1.000 a 30.000 euros, i la seva quantia s'ha de determinar en funció de la mala fe apreciada i el perjudici ocasionat a l'òrgan de contractació i als licitadors restants, així com del càlcul dels beneficis obtinguts.

L'import de la multa imposada s'ha d'ingressar en tot cas en el Tresor Públic.

Les quanties que indica aquest apartat es poden actualitzar per mitjà d'una ordre del ministre d'Hisenda i Funció Pública.”

La jurisprudència va considerant temerària la interposició de recursos mancats manifestament de fonament o de viabilitat jurídica.

Valgui citar en aquest sentit la Sentència del Tribunal Suprem d'11 de maig de 2004 (recurs 4634/2001), que va declarar que pot estimar-se l'existència de temeritat processal *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o quan de manera reiterada es donen pronunciaments sobre la mateixa qüestió.

També la sentència de l'Audiència Nacional de 23 abril de 2007, quan va indicar que la manca de precisió del concepte de temeritat processal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”*.

En el present cas, l'anàlisi de l'assumpte ha portat a considerar que era totalment intel·ligible en aquesta licitació i, per tant, també per a CAIXABANK, l'aprofitament de les arquetes existents i la seva adaptació per als nous contenidors, dels quals, un cop feta l'adaptació, ja en fase d'execució del contracte, se n'haurà de certificar el compliment de les normes tècniques.

D'aquí que les circumstàncies del cas analitzat i la posició unànime de totes les parts confrontades amb el recurs porten el Tribunal a apreciar que CAIXABANK era coneixedora dels termes de la licitació i, per tant, del caràcter improcedent de la seva pretensió.

Aquesta actuació de part i la contradicció flagrant entre allò al·legat i sol·licitat posen de manifest que la interposició del recurs s'ha fet amb un clar abús de dret no emparat per la llei, tal com proscriu l'article 7 del Codi civil.

En conseqüència, s'aprecia temeritat en la interposició del recurs i, per tant, com aquest Tribunal ja ha resolt en altres supòsits similars, correspon imposar la multa prevista en l'article 58.2 de la LCSP en la seva quantia mínima de 1.000 euros, en no constar acreditat l'import dels perjudicis certs ocasionats a l'òrgan de contractació i a la resta d'empreses licitadores, sinó únicament l'endarreriment de la formalització del contracte i l'inici de l'execució del servei provocat per la suspensió automàtica de l'adjudicació amb motiu d'aquesta impugnació.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per la senyora M.R.S., en nom i representació de l'empresa CAIXABANK EQUIPMENT FINANCE SAU, contra l'adjudicació del contracte de subministrament i instal·lació de contenidors soterrats per a la recollida de residus al municipi de Cambrils, mitjançant arrendament operatiu (rènting) a llarg termini, licitat per SERVEIS COMARCALS MEDIAMBIENTALS, SA (expedient CSUB 17/2017).

2.- Aixecar la suspensió automàtica de l'adjudicació prevista en l'article 53 de la LCSP, a l'empara del que disposa l'article 57.3 de la mateixa llei.

3.- Declarar que s'aprecia la concurrència de temeritat en la interposició del recurs i imposar a la part recurrent la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP en l'import de 1.000 euros.

4.- Notificar aquesta Resolució a totes les parts.

Aquesta Resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva, sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el que disposen els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 28 de novembre de 2018.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Neus Colet i Arean
Presidenta