

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

En Madrid, a 18 de abril de 2018.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por doña L.M.T., en nombre y representación de Rototank, S.L. y por don J.A.F., en nombre y representación de Contenur, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Suministro mediante renting de contenedores para la recogida de los residuos sólidos urbanos”, número de expediente: 765/2018, tramitado por el Ayuntamiento de Colmenar Viejo, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 3 de marzo de 2018 se publicó el anuncio de licitación, en el DOUE, para el suministro mencionado por valor estimado de 840.244 euros, mediante procedimiento abierto, tramitación ordinaria y único criterio de adjudicación el precio. Asimismo se publicó con fecha 9 de marzo en el BOCM y el 22 de marzo en el BOE.

Segundo.- El 22 de marzo de 2018 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Rototank, S.L. en el que solicita:

“1) la NULIDAD DE LOS ACTOS IMPUGNADOS, declarando la nulidad del procedimiento de adjudicación, licitación y pliegos al resultar nulo de pleno derecho al no entrar dentro del régimen transitorio establecido en la Disposición Transitoria Primera, 1 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, tal y como se ha expuesto en nuestro Hecho Segundo de las cláusulas impugnadas en los términos expresados, o subsidiariamente la ANULABILIDAD DE DICHOS ACTOS.

2) SUBSIDIARIAMENTE, en el hipotético supuesto de no estimar el motivo anterior, la NULIDAD DE LOS ACTOS IMPUGNADOS, declarando la nulidad de los pliegos al resultar nulo de pleno derecho, tal y como se ha expuesto en nuestro Hecho Tercero y Cuarto de las cláusulas impugnadas en los términos expresados, o subsidiariamente la ANULABILIDAD DE DICHOS ACTOS.”

Asimismo el 23 de marzo se ha recibido el recurso interpuesto por Contenur, S.L., en el que solicita:

“PRIMERO.- Se declaren contrario a derecho los pliegos -y el anuncio-, por no establecer la exigencia de división del objeto del contrato en lotes.

SEGUNDO.- Se anulen el Anexo de pliego de prescripciones técnicas (PPT), ordenando redactar un nuevo Anexo en el que se observen las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas en el modo exigido por la normativa.

TERCERO.- Se anule como consecuencia de lo anterior el procedimiento de licitación.”

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-2017).

Tercero.- Con fecha 4 de abril, el Tribunal acordó denegar la suspensión del expediente de contratación al estar prevista la apertura de ofertas para el 8 de mayo de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar se cuestiona el derecho aplicable al procedimiento de contratación que debe fundamentar la resolución del recurso. La cuestión a resolver es a partir de qué momento los expedientes de contratación deben ajustarse a la nueva normativa, LCSP-2017 y cuáles deben regirse por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Si bien Rototank comienza planteando la necesidad de aplicar al procedimiento la LCSP-2017, toda su fundamentación se basa en la infracción de preceptos del TRLCSP. Cabe además considerar que en cuanto al fondo del recurso la aplicación de una u otra legislación no supone una resolución del recurso distinta, pues los preceptos que se invocan como infringidos del TRLCSP se mantienen con redacción muy similar en la nueva Ley, a lo que cabe añadir el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE en cuanto a la justificación de la no división en lotes.

En cuanto el régimen transitorio, la LCSP-2017 dispone:

“Disposición transitoria primera. Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la

correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.”

La primera cuestión interpretativa que se plantea es cuál es la norma de publicidad aplicable, si el TRLCSP o la LCSP-2017. En segundo lugar, qué se entiende por publicidad, si la publicidad completa en todos los medios previstos en la normativa o si es suficiente bien con la publicación de los pliegos o bien con los anuncios.

En el presente caso, el 3 de marzo 2018 se publicó el anuncio de licitación en el DOUE y la publicidad de los pliegos en el Perfil de contratante tuvo lugar el día 7, fechas en que todavía no estaba en vigor la nueva Ley (LCSP-2017). No obstante, se publicó con fecha 9 de marzo en el BOCM y 22 de marzo en el BOE, fechas en que ya estaba en vigor la citada ley, por lo que es a dicha fecha, cuando se debe entender completada la publicidad de la convocatoria, ya vigente la actual LCSP-2017.

El artículo 142.1 del TRLCSP, referido a la convocatoria de las licitaciones, establece que *“Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas (...), deberán anunciarse en el Boletín Oficial del Estado. No obstante, cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la publicidad en el Boletín Oficial del Estado por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales. Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada la licitación deberá publicarse, además en el Diario Oficial de la Unión Europea”.*

El artículo 135.1 de la LCSP-2017, referido al anuncio de licitación, dispone: *“1. El anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará*

en el Perfil de contratante. En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el «Boletín Oficial del Estado». Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación. La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea confirmará al poder adjudicador la recepción del anuncio y la publicación de la información enviada, indicando la fecha de dicha publicación.»

Por su parte, el artículo 50.1.b) de la LCSP-2017 establece que *“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 del contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos”*.

El artículo 19 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (REPERMC), dispone:

“1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio. En este último caso el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el Perfil de contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que ésta última fecha no estuviera acreditada fehacientemente desde el día siguiente a la fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o, en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales, según proceda.

2. 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 forma legal la convocatoria de la licitación, de

conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido”.

Mención esta última que, como ha advertido ya este Tribunal (en la reciente Resolución 59/2018), debería entenderse referida al acceso libre, directo, completo y gratuito por medios electrónicos en el Perfil de contratante que impone el artículo 138 de la LCSP-2017.

Así mismo el artículo 53.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece que: *“1. Los poderes adjudicadores ofrecerán por medios electrónicos un acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos de la contratación a partir de la fecha de publicación del anuncio, de conformidad con el artículo 51, o a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés. El texto del anuncio o de la invitación a confirmar el interés deberá indicar la dirección de internet en que puede consultarse esta documentación”.*

El artículo 19 del REPERMC establece que el cómputo del plazo de interposición del recurso se inicia a partir del siguiente a la convocatoria en forma legal de la licitación pero lo condiciona a que ella se haya hecho constar la forma para acceder directamente al contenido de los pliegos. La publicación en el DOUE sin la publicación de los pliegos no permite contar el plazo de interposición del recurso.

Si la finalidad de la disposición transitoria es fijar el régimen aplicable a la contratación licitada a partir de una fecha y esta se proyecta frente a terceros no puede tomarse en cuenta una pluralidad de fechas. La fecha en que los pliegos se proyectan sobre los terceros y la fecha en que el expediente de contratación aparece como aprobado en una determinada fecha de forma indubitada es la publicidad de

los pliegos y esta tiene lugar mediante la puesta a disposición en el Perfil de contratante.

Con aplicación de cualquiera de las mencionadas leyes sería un contrasentido admitir que a partir de la fecha de publicación en el Perfil de contratante es posible admitir un recurso contra el contenido de los pliegos (en este caso conocidos desde el 7 de marzo) y a la vez admitir que su régimen jurídico depende de la publicidad completa en todos los diarios oficiales en que es obligatoria la publicidad, lo que ha podido tener lugar 15 días después (como ocurre en este caso que fue el 22 de marzo en el BOE), superando incluso el plazo de interposición del recurso.

Si el contenido de los pliegos es conocido desde el momento de la publicación en el Perfil de contratante, el régimen jurídico debe quedar ya fijado y no puede modificarse porque otras publicidades necesarias legalmente se produzcan posteriormente o porque con el TRLCSP el plazo de recurso se inicie con la publicación en el DOUE.

Así, por expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP-2017, debemos entender aquellos cuyos pliegos hubiesen sido publicados con anterioridad al día 9 de marzo de 2018 en el Perfil de contratante. Si la convocatoria es un llamamiento a los interesados para que presenten oferta en un procedimiento competitivo que precisa de la posterior selección por el órgano de contratación, es el conocimiento de las condiciones y el día de publicación lo que marca la legislación que debe aplicarse.

La apertura al mercado en el sentido de que ya a partir del conocimiento de los pliegos es posible la presentación de ofertas y la impugnación del contenido de las bases de licitación determina la fecha a tener en cuenta para fijar el régimen transitorio, sin que, como hemos dicho, la publicidad en forma legal que suponga también la obligación de difusión en otros boletines oficiales pueda modificar un régimen jurídico de una solicitud de ofertas con repercusión frente a terceros.

Esta es una interpretación que además de aceptable como adecuada a la redacción de la DT 1ª de la LCSP-2017 da mayor seguridad a la tramitación por los órganos de contratación y a los licitadores. Sería absurdo que habiendo conocido el contenido de un pliego y preparando la oferta conforme a su contenido, una publicación posterior determinase un cambio de régimen jurídico desconocido para quien está realizando la oferta en esas condiciones.

En conclusión, es el anuncio en el Perfil de contratante el que marca los tiempos a efectos de publicidad y de cómputo de plazos para determinar el régimen jurídico del contrato y la admisibilidad de recursos, sin perjuicio de ser obligatoria además la publicidad tanto en el Boletín de la Comunidad de Madrid como en el Boletín Oficial del Estado.

En consecuencia el procedimiento de contratación cuyos pliegos son objeto de impugnación se rige por el TRLCSP.

Segundo.- El Ayuntamiento niega legitimación activa de las empresas recurrentes, ya que tal y como se desprende de la redacción del recurso, se trata de empresas productoras y comercializadoras de contenedores de basura. En el arrendamiento financiero necesariamente ha de formalizarse el contrato con una entidad financiera por así establecerlo la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Al articularse la forma de pago a través de una operación de arrendamiento del Decreto 692/1996, de 26 de abril, que cumpla en consecuencia los requisitos dispuestos en tal normativa específica. Consecuentemente se entiende que el suministrador del bien quedaría como un tercero, al margen del suministro y de la operación que se formalizara para su pago.

El tipo de contrato de suministro regulado en el artículo 9 del TRLCSP abarca en su concepto tanto la adquisición de bienes como el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

El contrato de arrendamiento financiero, también denominado leasing, tiene su regulación en la legislación mercantil, en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio *“Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 21 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario”*. Los apartados 8 y 9 de la misma disposición adicional establecen que las sociedades de arrendamiento financiero tendrán como objeto social exclusivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero previstas en dicha disposición y que también podrán ser desarrolladas por entidades oficiales de crédito, bancos, cajas de ahorros, incluida la Confederación Española de Cajas de Ahorros, la Caja Postal y las Cooperativas de crédito.

El arrendamiento con o sin opción de compra se configura como una relación entre el proveedor, que cede el uso de un bien mediante la percepción un precio, a un arrendatario, sin intervención de una tercera persona que financie la operación.

El renting es una forma de contrato de arrendamiento de un bien en la que no se incluye una opción de compra, pero en el que se incluyen otro tipo de prestaciones.

El caso que nos ocupa es la contratación de un suministro por la modalidad de renting, de contenedores de basura, por lo tanto de un arrendamiento sin opción a compra y sin intermediación de una entidad financiera. Así lo califica el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). Esta calificación no se discute por las partes y ha sido otorgada por el órgano de contratación. Ningún límite

establece el PCAP a las personas que pueden licitar sino que admite a las personas jurídicas o naturales que tengan plena capacidad de obrar y no restringe la participación en el contrato a las entidades financieras.

En consecuencia, con esa calificación como renting cualquier persona natural o jurídica que tenga capacidad de obrar en relación al objeto del contrato puede presentar su oferta y las recurrentes estarían legitimadas para presentar el recurso.

Aún de admitirse la calificación del contrato como arrendamiento financiero o leasing, también cabría reconocerles legitimación activa. Tal como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1996, “(...) *El llamado contrato de leasing o arrendamiento financiero que, en el orden o aspecto económico, conjuga o satisface tres distintos intereses subjetivos (el del usuario en acceder al disfrute de unos bienes que no puede o no le conviene adquirir directamente; el de fabricante o proveedor en dar salida en el mercado a sus productos y el de la sociedad de leasing en obtener un rendimiento económico de su capital sin más riesgo que el financiero)*”. Es decir, también el fabricante o distribuidor de los contenedores mantendría un interés subjetivo en que sean sus productos los seleccionados por la entidad financiera para el cumplimiento del contrato según las condiciones técnicas indicadas por el Ayuntamiento.

Por tanto concluimos que los recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del TRLCSP). La recurrente, Rototank ostenta un interés legítimo en la medida en que de conformidad con el artículo 2 de sus estatutos, en su objeto social se encuentra: “*la fabricación y comercialización de artículos, productos y accesorios de polietileno por rotomoldeo de plástico y materiales similares para la agricultura e industria en general*”. Contener es una compañía dedicada al diseño, producción y comercialización de sistemas de

contenerización para la recogida mecánica de residuos, papeleras, parques infantiles y áreas de ocio y polideportivas.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de ambos recursos.

Tercero.- Ambos recursos se plantean en tiempo, pues el anuncio fue publicado en el DOUE el 3 de marzo y en el Perfil de contratante el 7 de marzo, siendo interpuesto el recurso de Rototank el 22 de marzo y el de Contener el 23, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- Ambos recursos se interponen contra los pliegos de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 recurso.

Sexto.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los escritos de los recursos antes mencionados, siendo el acto recurrido el mismo (los pliegos y el mismo criterio de solvencia técnica) y siendo aquellos

esencialmente iguales en sus términos, necesariamente debe apreciarse identidad en el asunto, el Tribunal el órgano que debe resolver todos los recursos. Procede por tanto la acumulación de ambos recursos.

Séptimo.- El primer motivo de recurso se dirige contra el contenido del PPT. En el Anexo, *“Características técnicas de los contenedores”*, se exige: *“Cinturón de refuerzo estructural a base de franja perimetral de doble pared”*.

Considera la recurrente Rototank que la especificación técnica objeto de recurso vulnera el artículo 117.8 del TRLCSP, además de crear una restricción inasumible del principio de libertad de concurrencia, esta característica técnica vulnera lo preceptuado en el artículo 117.2 del TRLCSP, según el cual las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia. Considera que favorece claramente a un concreto operador económico, Formato Verde, S.L., que tiene presentada solicitud de patente de invención ante la Oficina Española de Patentes y Marcas en la cual se especifica claramente esta peculiaridad. Trae a colación la Ley 24/2015, de Patentes que establece:

“Artículo 59. Prohibición de explotación directa de la invención.

1. La patente confiere a su titular el derecho a impedir a cualquier tercero que no cuente con su consentimiento:

a) La fabricación, el ofrecimiento para la venta, la introducción en el comercio o la utilización de un producto objeto de la patente o la importación o posesión del mismo para alguno de los fines mencionados.”

El informe del órgano de contratación al recurso mantiene que *“Con este requerimiento no se limita la competencia, simplemente se exigen unos elementos de protección perimetral, sin más especificación técnica, que aseguren la mayor durabilidad de los contenedores mejorando la absorción de habituales golpes producidos durante las operaciones de carga y descarga o por vandalismo. No se*

exigen dimensiones ni grosores concretos para tal refuerzo, únicamente su mera existencia constatable en los contenedores propuestos por las empresas licitantes.”

El Considerando 74 de la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, señala que: *“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de criterios de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios”.*

Por tanto, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios y obras que habitualmente ofrece dicho operador.

El artículo 117.8 del TRLCSP establece: *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o 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 de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención “o equivalente”.*

Es aceptable que la definición de las condiciones técnicas con que han de contar los contenedores a suministrar contenga determinadas garantías de durabilidad o de protección perimetral. Sin embargo no se ajusta a la legislación de

contratación pública la definición de tal finalidad por referencia a un tipo de protección que se consigue con un tipo de cinturón cuya definición coincide con la solicitud de patente que acredita la recurrente. Por tanto la exigencia de tal finalidad debe definirse en términos que admita soluciones similares propuestas por cualquier licitador que consigan la finalidad pretendida. Esto determina la nulidad de esta prescripción técnica.

Octavo.- En segundo lugar se alega por Rototank que el PPT es reproducción del folleto de características de un determinado producto del mercado, concretamente los contenedores denominados Modelo Clip Bin, Modelo Small Bin y Modelo Big Bin de Formato Verde, S.L. La comparación del folleto del producto de Formato Verde, con las características exigidas en el Anexo del PPT conduce a afirmar que se ha producido una reproducción en las características técnicas del producto mencionado, ya que las mismas son “*encubiertamente*” coincidentes.

Asimismo el recurso de Contener afirma que se trata de requerimientos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un licitador. Sólo la empresa Formato Verde estará en condiciones de ofertar al contrato. Este argumento lo desarrolla en la enumeración de determinadas características cuyo análisis se hará posteriormente.

Según el Ayuntamiento de Colmenar Viejo, el anexo del PPT donde se establecen las características técnicas de los contenedores, contiene unos requerimientos mínimos que en todo caso los licitadores deberán cumplir, pero no limita la opción de ser mejorados por los licitadores. Así mismo, el citado anexo hace un análisis pormenorizado de las características que deben tener los contenedores que debe ser entendida en la línea de precisar con la mayor claridad posible el objeto del presente contrato (material exigido, capacidad, cinturones de refuerzo, normativa europea que deben cumplir, etc.) pero en ningún caso se hace referencia a marcas, modelos o patentes. La actuación del Ayuntamiento a la hora de definir las condiciones técnicas que son necesarias para satisfacer sus necesidades, está

presidida por el principio de discrecionalidad técnica, conforme al cual, los criterios técnicos en los pliegos son libremente establecidos por el propio Ayuntamiento que es quien mejor conoce las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de que se disponen y que no son susceptibles de impugnación salvo en caso de error patente o irracionalidad.

Ambos recurrentes señalan cómo el ayuntamiento en su página web cuando da cuenta de la licitación coloca la foto del presunto adjudicatario, es decir se ilustra con unos contenedores marca Formato Verde.

Para la resolución de este motivo de recurso son aplicables las disposiciones invocadas en el fundamento de derecho anterior relativas al Considerando 74 de la Directiva 2014/24/UE y artículo 117 del TRLCSP.

Tal como señaló este Tribunal en su Resolución 33/2015: *“No existe en el TRLCSP un elenco cerrado de elementos descriptivos que se consideren susceptibles de generar desigualdad en la fase de licitación al restringir el acceso a los posibles licitadores a un contrato de suministro, si bien desde un punto de vista interpretativo pueden considerarse como tales los descritos en el apartado 8 del citado artículo, referencias a marcas, patentes o tipos, origen o producción determinado. Las especificaciones técnicas tampoco pueden implicar la descripción del producto en términos en los que, aun omitiendo la marca, se singularice el producto de tal modo que se impida la concurrencia. Esto sería un fraude de ley.*

La reproducción de las características específicas de un producto produce un efecto equivalente a la mención de *“una determinada fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción”*, extremos que están prohibidos por el artículo 117.8 del TRLCSP.

Este Tribunal comprueba que la descripción del anexo al PPT en cuanto a características es sustancialmente coincidente con la descripción del fabricante mencionado en ambos recursos, además la publicidad realizada por el Ayuntamiento de la licitación contiene fotografías de un modelo concreto de contenedores. Por consiguiente, la definición de las condiciones del suministro no se ha hecho de conformidad con la legislación de contratos del sector público.

Noveno.- Contenor plantea como motivo de recurso que el contrato debió dividirse en lotes. Si bien el anuncio señala que el contrato no se dividirá en lotes, ninguno de los documentos publicados en el Perfil de contratante indica las razones por las cuales se ha decidido no dividir el contrato en lotes. El objeto del presente contrato debió haber sido licitado en tres lotes diferenciados.

El objeto del contrato comprende 250 contenedores de superficie para residuo orgánico, 180 contenedores para envases y 180 para papel y cartón. El anexo del PPT se refiere a tres lotes para cada uno de los tres tipos de contenedores. Sin embargo el anuncio de licitación indica la no división en lotes y el PCAP tampoco hace referencia a la división en lotes.

El informe del Ayuntamiento indica que la división en lotes tal y como viene recogida en el TRLCSP no deja de ser una decisión en manos del órgano contratante y que, por tanto, no es en ningún caso obligatorio la división en lotes. A mayor abundamiento, el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, anima a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes pero ni establece una obligación ni es en ningún caso contradictorio con el TRLCSP.

En efecto, la decisión del órgano de contratación de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión discrecional pero sujeta a control. Además de la contradicción puesta de manifiesto entre el PCAP y los anuncios por un lado y el PPT por otro, no existe en el expediente una justificación, obligatoria, de la decisión tomada a favor

de una u otra opción de manera que el Tribunal pueda controlar la adecuación de la motivación de la decisión a la normativa de contratación pública. Por tanto, en los nuevos pliegos que se elaboren deberá eliminarse la contradicción e incluirse en el expediente, en los términos legales, la justificación de la decisión de no división, en su caso.

Décimo.- Contenur plantea como motivo de recurso que varios de los requerimientos técnicos son improcedentes y no justificados.

1º) CAPACIDAD DE LOS CONTENEDORES

Por lo que se refiere a la capacidad, se exige que los contenedores tengan una cabida precisa y determinada (exactamente 3.200 y 1.800 litros para los lotes 1 y 2, y 3.200 para el lote 3), lo que impide que presenten ofertas aquellas empresas que trabajan productos con una capacidad distinta. Lo común en los procedimientos en los que se licita el suministro de contenedores de residuos urbanos, es que la capacidad se defina como mínima (p.ej. *más de 3.200 litros*), o como máxima (p.ej. *Hasta 3.200 litros*), o entorno a una banda de valores (p.ej. *entre 1.500 y 2.500 litros*), pero no de un modo fijo e inamovible como en el presente caso.

Señala Contenur que la elaboración de un contenedor de un volumen determinado, exige la previa creación de un molde, cuyo coste, se eleva a veces a millones de euros, y en todo caso supera, sea cual sea la técnica empleada, los cientos de miles de euros, por lo que resultaría antieconómico a todas las fábricas que no tienen esas precisas medidas, el crear nuevos moldes para un contrato cuyo importe a facturar en ciertos casos no llegaría a cubrir el coste de creación del molde. Además, aun en el caso de pretender afrontar la inversión, sería materialmente imposible hacerlo en un plazo inferior a cinco meses (un año si se elabora a través de la técnica de inyección). Ello supone que no es posible que los fabricantes/licitadores adapten su oferta al producto demandado. Si en el momento de licitarse el contrato no dispone de ese concreto producto, no podrá presentar

oferta. Y resulta innegable que ninguna justificación o necesidad técnica cabe para efectuar tal requerimiento y se pregunta “¿Qué necesidad se satisface con un contenedor de 1.800 litros que no pueda satisfacerse con uno de capacidad ligeramente superior (o incluso ligeramente inferior)?”.

El informe del Ayuntamiento de Colmenar Viejo indica que se ha optado por dos capacidades estandarizadas en el mercado, de 3.200 y 1.800 litros, atendiendo a criterios del trazado viario del municipio. Mayores capacidades que 3.200 litros representarían un problema de dimensiones tanto en altura como en anchura para los emplazamientos previstos, y menores capacidades mermarían la oferta de espacio. Se decide por tanto este volumen en base a la experiencia con los actuales contenedores y no se contempla establecer una “banda de valores” como cita el recurso ya que es un volumen habitual de fabricación. La propia mercantil representada ofrece este volumen para sus contenedores, además de 2.200 y 2.400 litros. Lo mismo cabe señalar sobre las unidades de 1.800 litros, existentes en el mercado y previstas para las calles más estrechas del casco. En este caso, se pretende mejorar las condiciones actuales empleando cubos más estrechos y de menor altura únicamente para aquellos puntos en los que sea necesario, buscando una solución más adaptada a la realidad.

En diversas resoluciones este Tribunal ha justificado que un PPT exija un volumen, medidas, etc. determinadas para el producto que se adquiere, por ejemplo jeringas o dosis de alimentación, supuestos en que se justifica que las necesidades a satisfacer con la contratación se satisfacen de la manera más satisfactoria con esas concretas medidas o capacidades y no sería posible hacerlo con otras. En este caso no nos encontramos ante un producto que exija unas medidas o capacidades exactas para satisfacer una necesidad, nada impide que otros similares puedan hacer la misma función. Ciertamente el órgano de contratación pueda justificar que no se sobrepase determinado volumen para la accesibilidad por determinadas calles o en determinadas condiciones, pero nada impide que se fije una banda de valores admisibles que amplíe la posibilidad de oferta al mayor número de los que se ofertan

en el mercado. No queda motivada la restricción. En el caso de determinar medidas concretas, posiblemente únicamente un operador económico podría cumplir con la referida prescripción técnica.

Para no restringir el acceso de los operadores económicos al presente procedimiento de compra respecto de la concreta prescripción técnica es preciso determinar un arco de medidas que sean las aceptadas y la manera de proceder a la medición o la justificación de la necesidad de una medida concreta y la imposibilidad de admitir otras para satisfacer el objeto contractual.

2º) EXIGENCIAS CONTRADICTORIAS.

Por lo que se refiere a la normativa técnica que debe cumplir el producto, señala el Anexo del PPT respecto de los lotes 1 y 2 que los contenedores serán en todo caso de carga lateral. En cambio para el lote 3 *“Los contenedores serán en todo caso para carga superior con camión pluma”*.

Además el Anexo del PPT señala para este lote 3, al igual que hace en los denominados lotes 1 y 2: lote 3. *“Contenedores de superficie para papel y cartón: Fabricación según normativa europea UNE-EN 12574-1, UNE-EN 12574-2 y UNE-EN 12574-3, además de Declaración CE según directiva 2000/14/EC”*.

Según alega la recurrente Contenur, las tres normas UNE que se exigen se encuentran referidas exclusivamente a contenedores de carga lateral. Por lo tanto, o bien en los pliegos se suprime para este lote la exigencia de que los contenedores a suministrar sean de carga superior, o bien se suprime la exigencia de que los mismos cumplan las tres normas UNE señaladas. En ningún caso cabrá exigir ambos requisitos de modo simultáneo.

La exigencia técnica del lote 3 es evidentemente contradictoria, o se pide carga lateral y que se acredite la norma de calidad de fabricación de ese tipo de

contenedores, o se pide que sea de carga superior y se cita la norma de calidad correspondiente. El pliego debe ser corregido.

3º) TÉCNICA DE FABRICACIÓN

Comienza el Anexo del PPT señalando que “El *material será polietileno rotomoldeado o inyección (...)*”. Si bien al describir la cuba o la tapa se requiere rotomoldeo.

La fabricación de contenedores plásticos para residuos sólidos urbanos, se lleva a cabo en la actualidad por una de las dos siguientes técnicas:

1º) Por moldeo por inyección, en el que el polietileno es fundido en la máquina de moldeo, y posteriormente inyectado en un molde a alta presión. Allí, el material es enfriado, solidificado y luego liberado al abrirse las dos mitades del molde. Esta es la técnica bajo la que opera Contener.

2º) Por rotomoldeo o moldeo rotacional. En este caso se introduce un polímero en estado líquido o polvo dentro de un molde y éste, al girar en dos ejes perpendiculares entre sí, se adhiere a la superficie del molde, creando piezas huecas.

Según la recurrente ambas técnicas son plenamente operativas en todos los países de la Unión Europea (y a nivel mundial). Cabe afirmar que en España, en el año 2017 -e igual previsión para el 2018-, al menos el ochenta por ciento (80%) de los contenedores de polietileno se elaboraron mediante la técnica del moldeo por inyección, y el 20% restante en base a la de rotomoldeo.

Según el informe del órgano de contratación la razón por la que se opta por esta técnica excluyendo la de inyección, es la que se invoca en el ANEXO referido (sólo) al lote 1, de un mejor comportamiento de los contenedores elaborados mediante la técnica de rotomoldeo.

“Atendiendo a criterios de optimización de la flexibilidad para mejorar la absorción de impactos, mayor resistencia a cambios de temperatura y facilidad de reparación mediante soldadura, el material exigido será polietileno rotomoldeado, de color gris con indicativo verde en detalles de tapa para este tipo de residuos. Forma redondeada. (...)”. Debemos entender conforme a ello que el que se exija como técnica de elaboración del polímero el rotomoldeado se debe a que:

Mejora la absorción de impactos.

- Supone mayor resistencia a cambios de temperatura.
- Facilita la reparación mediante soldadura.

Señala Contener que la justificación descrita es más propia de un catálogo publicitario que de una exposición razonada y apoyada en datos contrastados y se pregunta en base a qué, presupone el órgano de contratación una mejor absorción, una mayor resistencia, o una mayor facilidad de reparación de los contenedores elaborados mediante esta técnica, y cuál es la medida de esa *“mejor”* y *“mayor”* bondad del producto. Afirma que al menos en dos de los tres parámetros (absorción y resistencia) el producto resultante del modelo por inyección de polietileno ofrece mejores resultados que el rotomoldeo, en tanto en el tercero (soldadura), resulta indiferente la técnica empleada. Pone como ejemplo los parachoques de los coches. Si ambas técnicas (inyección y rotomoldeo) son de un coste similar habrá de concluirse que los parachoques se elaborarán mediante aquella técnica que garantiza una mayor resistencia y durabilidad del elemento. Pues bien, el 100% de los parachoques de polietileno de los vehículos se fabrica mediante la técnica del moldeo por inyección, lo cual no se compadece con esa supuesta mejor absorción de impactos o cambios de temperatura de la técnica del rotomoldeo.

El informe del órgano de contratación señala que *“La técnica de rotomoldeo para el polietileno consigue contenedores más robustos, sin tensiones residuales (con rotomoldeo no se necesitan nervios y las soldaduras no vuelven a abrirse con tanta facilidad), menos quebradizos, más flexibles y por tanto con mayor vida útil, además de resistir mejor los cambios de temperatura, circunstancia a tener muy en*

cuenta en el ámbito del municipio de Colmenar Viejo. Se tiene también en cuenta la experiencia real en calle en el mercado actual a nivel nacional y en países de la periferia, optándose por el rotomoldeo cada vez más en nuevas inversiones a la vista de los resultados con el paso del tiempo, con menos roturas por quebradura de cuerpo y de tapa.

La fabricación mediante inyección es más barata (en este caso se ha optado por la inversión en calidad) y genera cuerpos más delgados. Son ventajas que podrían quizá discutirse para el caso de contenedores de carga trasera, más pequeños que los de carga lateral. Las ventajas del rotomoldeo son más evidentes cuanto mayor es el tamaño de los contenedores además de soportar mejor los esfuerzos efectuados mediante la carga por parte del camión.

La empresa representada emplea la técnica de la inyección para sus productos y obviamente es la que defiende. El cuadro presentado en el recurso recoge datos de tres características concretas, muy similares para ambas técnicas pero que obvian las desventajas ya citadas. Se desconoce las circunstancias de tales ensayos. Existen informes técnicos en sentido contrario al presentado. La instalación de parachoques en vehículos fabricados mediante técnica de inyección podría obedecer a criterios de mayor economía y ligereza, no de mayor calidad que es lo que se pretende.

Finalmente, cabe señalar que existen al menos cinco fabricantes de rotomoldeo y que la opción por una mayor calidad de producto nos ha llevado a preferir la instalación de unidades fabricadas mediante esta técnica (la inclusión de inyección podría haber motivado, por ejemplo, recursos por parte de fabricantes de contenedores metálicos).”

De la lectura del PPT se aprecia que existe cierta contradicción interna del PPT, pues si inicialmente admite materiales de rotomoldeo o de inyección, al describir la cuba o la tapa exige sólo admite una determinada manera de fabricación a través de la técnica de rotomoldeo. Cabe mencionar que el artículo 117.2 del TRLCSP, establece: *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la*

creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”.

Como ya hemos indicado anteriormente, ello supone la necesidad de que los órganos de contratación al definir la prestación objeto del contrato, lo hagan utilizando referencias técnicas elaboradas por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, no siendo lícito hacerlo mediante la mención de características técnicas de elaboración de la misma que excluya a todas las demás técnicas capaces de cumplir igual función.

Si el Anexo del PPT, define el producto conforme a una técnica de fabricación (el rotomoldeo), y no en términos de rendimiento o de exigencias funcionales debe ser modificado admitiendo cualquier método de fabricación. Si lo que se busca es un tipo de funcionalidad (absorción de impactos, resistencia a cambios de temperaturas, reparación), habrá que definir tales requisitos en base a esas funcionalidades pretendidas, pero no por referencia a una técnica de fabricación determinada.

Además, aunque se presuponga que las únicas características consideradas (absorción, resistencia, reparación), son cumplimentadas en base a una determinada técnica de elaboración, no cabe, conforme señala el artículo 117.5 del TRLCSP, impedir licitar a aquellas empresas que propongan soluciones o productos diferentes a los especificados en el PPT, siempre que el licitador pueda probar que cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en los pliegos.

4º) OTROS REQUISITOS

Afirma el recurso de Contener que lo hasta aquí apuntado es igualmente aplicable a otras menciones que se realizan en el Anexo, a otros elementos del contenedor, tales como la cuba (“de rotomoldeo”), la tapa de descarga (“de rotomoldeo”); o la tapa de descarga inferior (“de rotomoldeo”). De igual modo, otras

exigencias derivan precisamente de las “carencias” de las técnicas de rotomoldeo, así por ejemplo:

- La tapas de doble pared sólo se dan en aquellos casos en que el contenedor de plástico, se elabora con la técnica de rotomoldeo, precisamente porque dada su menor consistencia, necesita ser reforzada. En otras palabras, los contenedores elaborados por inyección de una sola pared tienen igual o mayor resistencia que los de doble pared elaborados por rotomoldeo, en consecuencia no requieren de esa doble pared.
- Lo mismo cabe decir de la exigencia de un cinturón de refuerzo estructural a base de franja perimetral de doble pared. Ese refuerzo a base de doble pared viene exigido, por la menor resistencia del producto elaborado bajo esa técnica de rotomoldeo.
- Y lo mismo respecto al refuerzo estructural en base. Un contenedor elaborado mediante técnica de inyección no precisa ningún tipo de refuerzo estructural a base de elementos externos (hierros), porque por sí mismo obtiene la misma resistencia.

Según el informe al recurso del órgano de contratación, la empresa Contenur, es, entre otras cosas, fabricante de contenedores, con lo cual una definición pormenorizada y con precisión del objeto del contrato por parte del Ayuntamiento no contribuye sino a facilitar la posibilidad de que dicha entidad pueda presentarse a la licitación en condiciones de igualdad. Lo que tampoco puede pretender dicha mercantil es que se produzca la adquisición de un elemento no querido por esta administración, o de inferior calidad. En el mismo sentido parece probado que el plástico absorbe mejor los impactos, ya que se puede deformar y volver a su estado original, además el refuerzo que se solicita, como un mínimo, coadyuva a mantener la integridad del contenedor, sin producir un colapso del material que conlleve la rotura, ni viéndose comprometida la forma original del contenedor.

Reiterando lo ya dicho en los anteriores motivos de recurso, solo cabe describir las condiciones técnicas del suministro a realizar en los términos establecidos en el artículo 117 del TRLCSP. Siendo aceptable que el órgano de contratación quiera condicionar su contrato a unos determinados niveles de calidad, la definición de las características técnica deben hacerse en términos que permitan la presentación de soluciones equivalentes y permitir la competencia de aquellos licitadores capacitados para la ejecución del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP-2017 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.- Acumular los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por doña L.M.T., en nombre y representación de Rototank, S.L. y por don J.A.F., en nombre y representación de Contenur, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Suministro mediante renting de contenedores para la recogida de los residuos sólidos urbanos”, número de expediente: 765/2018, tramitado por el Ayuntamiento de Colmenar Viejo.

Segundo.- Estimar ambos recursos declarando la nulidad del PPT que rige la licitación y en consecuencia de la licitación misma.

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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP-2017.

Cuarto.- 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 49 del TRLCSP.