



Recurso nº 243/2024

Resolución nº 463/2024

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 11 de abril de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. V.D.P., en representación de PLÁSTICOS IMA, S.A.U. contra el documento contractual de solicitud de oferta, de fecha 14 de febrero de 2024, para la adjudicación del *“Contrato Derivado de Acuerdo Marco para el suministro de tubería de PVC-U y PVC-O durante el período 2022 - 2025. Modernización de Regadíos en la Colectividad de Cuevas del Campo (Granada). Fase II.”*, expediente TSA000073884-36, convocado por la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A., S.M.E., M.P., el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 19 de septiembre de 2022, el órgano de contratación de la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A., S.M.E., M.P. (en adelante TRAGSA), dictó resolución convocando el procedimiento de licitación para la Conclusión de Acuerdos Marco para el suministro de tubería de PVC-U y PVC-O durante el periodo 2022–2025, a adjudicar por procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, expediente TSA000073884-36, aprobándose en el mismo acto los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y de Prescripciones Técnicas (en lo sucesivo, PPT) por los que se regiría la citada contratación.

Segundo. Con fecha 19 de enero de 2023, el órgano de contratación de TRAGSA dictó resolución adjudicando el acuerdo marco para el suministro de tubería de PVC-U y PVC-O durante el periodo 2022–2025 a las siguientes empresas:



-HIDRACINCA, S.L., MOLECOR CANALIZACIONES, S.L., y TUBERÍAS Y PERFILES PLÁSTICOS, S.A.U., únicamente para aquellos contratos en los que se solicite tubería de PVC-U;

-MOLECOR TECNOLOGÍA, S.L., únicamente para aquellos contratos en los que se solicite tubería de PVC-O;

-PLÁSTICOS IMA, S.A.U., en los contratos en los que se solicite tanto tubería de PVC-U como de PVC-O.

Tercero. En fecha 13 de febrero de 2023, fueron suscritos sendos acuerdos marco con las citadas sociedades.

El Anexo I, apartado B) del citado acuerdo por lo que es de interés para el presente recurso decía:

“En virtud del carácter abierto del acuerdo marco, TRAGSA no tendrá obligación de solicitar un número mínimo o determinado de unidades.

Cada contrato derivado del Acuerdo Marco será objeto de una solicitud de oferta concreta, en la que se definirán las mediciones y tipología de la tubería, los plazos de suministro, los controles de calidad a los que se someterá la tubería, y los posibles pedidos parciales.

Se entenderán incluidos en dicho importe los gastos accesorios o complementarios necesarios relativos a la empresa adjudicataria para la correcta realización del objeto del presente pliego tales como transporte, gastos de desplazamiento, dietas, seguros, tributos, gastos de aduana y cualquier otro coste que se estime necesario para la correcta ejecución del objeto del presente pliego”.

Y el Anexo I, apartado I) disponía:

“En la petición de oferta se especificarán las longitudes y tipología de las tuberías a suministrar en cada contrato, así como el plazo de vigencia de cada contrato, la localización exacta de la entrega del suministro y los posibles pedidos parciales”.



Cuarto. De conformidad con lo establecido en el artículo 221.4 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 (en adelante, LCSP) y en el PCAP se debía convocar a las partes a una nueva licitación razón por la cual, con fecha 14 de febrero de 2024, TRAGSA solicitó, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, a las empresas adjudicatarias del acuerdo marco la presentación de proposición para la prestación del servicio, en los términos que se especificaban en el documento de petición de oferta, concediéndoles hasta el 22 de febrero de 2024, para la presentación de la misma.

Varios eran los productos a suministrar, entre ellos *“140 unidades de tubería útil de PVC orientado de diámetro nominal (DN) 710 mm, presión nominal (PN) 1,25 Mpa o superior, y unión por junta de goma elástica. Puesto en obra sobre camión”*. El precio unitario, IVA no incluido, de cada una de estas tuberías era de 201 euros dando un total de 28.140 euros, IVA no incluido. El importe total de los productos a suministrar, incluyendo estas tuberías, era de 442.730 euros sin IVA, 535.703,3 euros con IVA.

Quinto. Concluido el plazo de presentación de ofertas, solamente presentó oferta MOLECOR TECNOLOGÍA, S.L.

Sexto. Con fecha 22 de febrero de 2024, PLÁSTICOS IMA, S.A.U. interpuso ante este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recurso especial en materia de contratación.

Séptimo. Con fecha 26 de febrero de 2024, se requirió al órgano de contratación la remisión del expediente, junto con el informe exigido por el artículo 56.1 de la LCSP que los remitió el día 1 de marzo de 2024.

Octavo. El expediente fue puesto de manifiesto para posibles alegaciones el 4 de marzo de 2024, habiendo presentado MOLECOR TECNOLOGÍA, S.L. las suyas el 11 de marzo de 2024, en el que solicita la desestimación del recurso.

Noveno. Con fecha 6 de marzo de 2024, la Secretaria del Tribunal –por delegación de éste– acordó conceder la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de



contratación, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Décimo. En la tramitación de este recurso se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.1 de la LCSP.

Segundo. El presente contrato es susceptible de recurso especial conforme al artículo 44.1.b) de la LCSP, al tratarse de un contrato derivado de un acuerdo de marco que tiene por objeto suministros con un valor estimado superior a 100.000 euros.

El acto recurrido es el documento contractual que establece las condiciones que deben regir la contratación (solicitud de la oferta) lo que permite su impugnación al amparo del artículo 44.2.a) de la LCSP.

Tercero. PLÁSTICOS IMA, S.A.U. es adjudicataria del acuerdo marco para el suministro de tubería de PVC-U y PVC-O durante el período 2022-2025, a adjudicar por el procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, y TRAGSA le ha remitido solicitud de oferta, por lo que ha de reconocérsele legitimación para la interposición del presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Cuarto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP ya que la solicitud de oferta fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 14 de febrero de 2024 y PLÁSTICOS IMA, S.A.U. interpuso recurso especial en materia de contratación el 22 de febrero de 2024.



Quinto. Alega, en primer lugar, PLÁSTICOS IMA, S.A.U. que la solicitud de oferta de TRAGSA vulnera los principios de libre competencia e igualdad de trato entre los licitadores al haber introducido una partida de tuberías que solo puede suministrar una de las dos adjudicatarias del acuerdo marco. Y es que, en su opinión, es importante que TRAGSA formule las solicitudes de oferta de manera que fomente la participación de los dos únicos proveedores en igualdad de condiciones, a menos que existan razones objetivas y justificadas para limitar la competencia en casos específicos, cosa que no ocurre al constituir la inclusión de 140 metros de tubería de 710 mm de diámetro nominal (DN) un obstáculo para la presentación de oferta por su parte, constituyendo este producto un mínimo porcentaje del presupuesto total de licitación (28.140 euros de un total de 442.730 euros). Para PLÁSTICOS IMA, S.A.U., la formulación de una solicitud por separado para este concepto garantizaría, por el contrario, un proceso de licitación de contrato basado justo, transparente y competitivo que beneficiaría tanto a los licitadores como a la entidad contratante y, en última instancia, al interés público. Además, esta solicitud de oferta que deja fuera a PLÁSTICOS IMA, S.A.U. se formula en el momento en que ha cuestionado ante este Tribunal diversas actuaciones por lo que insinúa que podría haber una relación entre ambos hechos, dando lugar a un caso de desviación de poder.

En segundo lugar, alega PLÁSTICOS IMA, S.A.U. que la solicitud de oferta realizada por TRAGSA no se ajusta a las determinaciones del PPT y del PCAP vulnerando con ello el artículo 221.5 de la LCSP, constituyendo causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.f) de la LCSP. Así, tras la cita del Anexo I del PCAP, apartados B) e I), y 2.1 del PPT señala que la solicitud de oferta no se ajusta a los pliegos, pues no especifica la presión nominal de ninguna de las tuberías ya que este parámetro queda abierto al indicar una determinada presión nominal (en Mpa) pero añadiendo la referencia “o superior”. Por ejemplo, en el caso de las tuberías de PVC de diámetro nominal (DN) 500 mm, se relacionan en el PPT tres presiones nominales (PN) 1,25, 1,6 y 2 Mpa y en la solicitud de oferta se solicita *“Tubería útil de PVC orientado de diámetro nominal (DN) 500 mm, presión nominal 1,6 Mpa o superior, y unión por junta de goma elástica. Puesto en obra sobre camión”* y *“Tubería útil de PVC orientado de diámetro nominal (DN) 500 mm, presión nominal 1,25 Mpa o superior, y unión por junta de goma elástica. Puesto en obra sobre camión”*. Para PLÁSTICOS IMA, S.A.U. los parámetros incluidos en la solicitud de oferta no son suficientes para la

caracterización de una tubería específica, pues la presión nominal (PN) queda sin concretar al dejar abierta la posibilidad de ofertar una presión PN superior.

En suma, y puesto que la solicitud de oferta de 14 de febrero de 2024, no se ajusta a los términos del acuerdo marco, debe ser declarada nula.

Sexto. El informe del órgano de contratación responde en primer lugar a las alegaciones sobre vulneración del principio de libre competencia e igualdad de trato entre los licitadores en la forma de plantear la petición de oferta realizada por TRAGSA, acusándola de desviación de poder. Así, indica que TRAGSA ha tramitado al amparo de este acuerdo marco al menos 36 peticiones de oferta, habiendo generado a favor de PLÁSTICOS IMA, S.A.U. adjudicaciones por un importe total de 1.561.585,26 euros. Además, al amparo de sucesivos acuerdos marco similares al que nos ocupa, PLÁSTICOS IMA, S.A.U. ha resultado adjudicataria de un total de 16 contratos derivados para el suministro de tubería de PVC-O, por un importe total de 4 millones de euros. Por ello, concluye el informe, no es cierto que TRAGSA consciente y deliberadamente esté actuando contra los intereses de PLÁSTICOS IMA, S.A.U. vulnerando el principio de igualdad de trato y la libre competencia.

En cuanto a que en la solicitud de oferta se han incluido tuberías con diámetro nominal (DN) de 710 mm, diámetro que PLÁSTICOS IMA, S.A.U. no fabrica, indica el informe que la gama de producto (rango de DN y PN nominales de los productos que el fabricante pone en el mercado) es una decisión interna del fabricante, y si un fabricante no puede ofrecer toda la gama completa que se pueda requerir en un determinado proyecto, no es responsabilidad de TRAGSA, que no tiene vocación alguna de restricción de la concurrencia.

TRAGSA solicita, siguiendo las previsiones que se contienen en el PCAP por el que se rige el acuerdo marco, la gama requerida en cada proyecto en función de las necesidades de suministro, plazos y ritmos de ejecución de la obra, teniendo plena potestad para definir la composición de los pedidos parciales que realiza como mejor se ajuste a sus necesidades, en base precisamente a esos proyectos, plazos y ritmos de ejecución de sus obras.

Recuerda el informe lo dispuesto en el PCAP en el Anexo I, Apartado I, *“En la petición de oferta se especificarán las longitudes y tipología de las tuberías a suministrar en cada*



contrato, así como el plazo de vigencia de cada contrato, la localización exacta de la entrega del suministro y los posibles pedidos parciales". Por lo tanto, ésta es la única exigencia que debe cumplir el órgano de contratación de TRAGSA en lo que se refiere al alcance y a la forma de plantear las peticiones de oferta que se deriven del Acuerdo Marco, exigencia, por cierto conocida y asumida por la recurrente, al no haber sido objeto de impugnación.

Explica el informe del órgano de contratación, como la propia recurrente reconoce que su gama de fabricación ha ido variando con el tiempo, ampliándose. Así, en un primer momento, PLÁSTICOS IMA, S.A.U. fabricaba tubería de PVC-O solo hasta un diámetro nominal (DN) de 400 mm (documento nº 6 del expediente). Posteriormente, amplió su gama para fabricar hasta un diámetro nominal (DN) 630 mm y PN superiores (docs. nº 7 y 8 del expediente). Jamás TRAGSA ha participado de la decisión sobre la extensión de gama de producto que en cada caso PLÁSTICOS IMA, S.A.U. ha ofrecido al mercado. Ha sido la propia recurrente la que, en función de su capacidad de producir una gama más o menos amplia, ha podido concurrir a una mayor o menor cantidad de ofertas.

En este caso concreto, la petición de oferta objeto de recurso se ha compuesto por una gama de material y mediciones que dan respuesta a las necesidades de la obra, para dar cumplimiento a lo recogido y prescrito en el proyecto que rige el encargo. TRAGSA no tiene ninguna obligación de acomodar sus pedidos a la gama cambiante de uno de los fabricantes de mercado. Y ello viene amparado en la propia LCSP, en concreto en el artículo 28.1, el cual establece que *"Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación"*.

El artículo 28 de la LCSP hay que relacionarlo con los principios rectores del artículo 1 de la LCSP y asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del



gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer.

En segundo lugar, analiza el informe del órgano de contratación la alegación relativa a la falta de concreción en la solicitud de oferta, por indicar ésta una determinación presión nominal (PN) pero añadiendo “o superior”. Así, explica cómo ha sido una práctica habitual en las peticiones de oferta de TRAGSA, tramitadas al amparo de este acuerdo marco, plantearlo de esta manera, lo cual nace precisamente de la época en la que PLASTICOS IMA tenía una gama reducida de productos. En la primera puesta en mercado de producto, bajo la normativa europea aplicable (UNE-EN 17176), PLASTICOS IMA, S.A.U. no fabricaba ni disponía de tubería certificada de clase de presión nominal (PN) 12,5 por lo que, para dar la posibilidad de cabida también a sus ofertas, se permitió la opción de ofertar material con una clase de presión superior (presión nominal (PN) 16). De este modo, no solo no había falta de concreción del producto solicitado, sino que se abría, además, la posibilidad de que PLASTICOS IMA, S.A.U. pudiera ofertar con un producto de prestaciones mecánicas superiores. Esta forma de licitar de TRAGSA no ha sido cuestionada nunca a lo largo de toda la vigencia de este acuerdo marco, es más, ha sido consentida por PLASTICOS IMA, S.L.U. y así TRAGSA ha tramitado al amparo de este Acuerdo Marco al menos 7 peticiones de oferta (doc. nº 9) en las que PLASTICOS IMA ha presentado oferta en idénticos términos, habiendo resultado adjudataria además de dos de ellas. En opinión del informe, cabría extender a este comportamiento de PLASTICOS IMA la doctrina de los actos propios, reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que prohíbe actuar en contradicción con los propios actos anteriores.

Séptimo. Entrando ya en el fondo del asunto, procede responder a la primera cuestión recordando lo dispuesto en el Anexo I, Apartado I, del PCAP conforme al cual *“En la petición de oferta se especificarán las longitudes y tipología de las tuberías a suministrar en cada contrato, así como el plazo de vigencia de cada contrato, la localización exacta de la entrega del suministro y los posibles pedidos parciales”*.



En este caso, varios eran los productos a suministrar, entre ellos “140 unidades de tubería útil de PVC orientado de diámetro nominal (DN) 710 mm, presión nominal (PN) 1,25 Mpa o superior, y unión por junta de goma elástica. Puesto en obra sobre camión”. El precio unitario, IVA no incluido, de cada una de estas tuberías era de 201 euros dando un total de 28.140 euros, IVA no incluido + El importe total de los productos a suministrar, incluyendo estas tuberías, era de 442.730 euros sin IVA, 535.703,3 euros con IVA.

Pues bien, estando recogida esta clase de tubería dentro de los productos a suministrar (artículo 2 del PPT, Tubo de PVC orientado Ø 710 mm, PN 1,25 Mpa, junta de goma (p.o.)) no puede aceptarse la tesis de la recurrente de que la inclusión de esa clase de tubería ha sido hecha para perjudicarla, al no disponer de esa gama de producto. Y es que PLÁSTICOS IMA, S.A.U. resultó adjudicataria en el acuerdo marco para todos los contratos en que se solicitara tanto tubería de PVC-U como de PVC-O, regulándose detenidamente en el PPT todos los productos que podían ser objeto de suministro, por lo que la no tenencia de una determinada gama de producto no puede serle ahora reprochada al órgano de contratación, que se ha limitado a solicitar los productos necesarios para la obra que tiene encomendada.

En relación con la segunda cuestión, plantea PLÁSTICOS IMA, S.A.U. que no solo en estas 140 unidades de tubería útil de PVC orientado de diámetro nominal (DN) 710 mm, sino en todos los productos a suministrar, recogidos en la solicitud de oferta de fecha 14 de febrero de 2024, cuando se habla de la presión nominal (PN) se recoge una determinada, conforme a las prescripciones del PPT, pero se añade la expresión “o superior”. Ello supone una inconcreción de la oferta por lo que constituye causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.f) de la LCSP, por incumplimiento del artículo 221.5 de la misma norma.

A lo que cabe responder que, con independencia de que, tal y como explica el órgano de contratación en su informe, tal haya sido la forma de proceder precisamente para favorecer la participación de la ahora recurrente, es lo cierto es que el PPT recoge entre los productos a suministrar, en el caso del PVC orientado, dentro de cada clase de tubería con un determinado diámetro nominal (DN) tres clases de presión nominal (PN): de 1,25 Mpa, de 1,6 Mpa y de 2,0 Mpa. No cabe apreciar, por lo tanto, a juicio de este Tribunal inconcreción en la solicitud de la oferta, pues en la solicitud de fecha 14 de febrero de 2024, se piden



unas tuberías con un determinado diámetro nominal y de determinada presión nominal (de 1,25 Mpa o 1,6 Mpa), si bien se admiten otras superiores, esto es, se admitirían tuberías de presión nominal 1,25, 1,6 y 2,0 Mpa en el primer caso y tuberías de 1,6 y 2,0 Mpa en el segundo caso).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. V.D.P., en representación de PLÁSTICOS IMA, S.A.U. contra el documento contractual de solicitud de oferta, de fecha 14 de febrero de 2024, para la adjudicación del *“Contrato Derivado de Acuerdo Marco para el suministro de tubería de PVC-U y PVC-O durante el período 2022 - 2025. Modernización de Regadíos en la Colectividad de Cuevas del Campo (Granada). Fase II.”*, expediente TSA000073884-36, convocado por la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A., S.M.E., M.P.

Segundo. Levantar la suspensión acordada el 6 de marzo de 2024.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES