



Recurso nº 113/2016

Resolución nº 193/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 4 de marzo de 2016.

VISTO el recurso presentado por D. J.L.S.F., en representación de la mercantil DIS RIVAS, S.L., contra el acuerdo de exclusión en la licitación "*Suministro de papeleras de aseos y embarques en el Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas (Lote 2)*" de Aena, Expediente MAD 212/15, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 7 de julio de 2015 se publica en la Plataforma de contratación la convocatoria de la licitación que nos ocupa, con un presupuesto máximo de licitación (impuestos excluidos) de 265.265 €, desglosado en Lote 1 (45.760 €) y Lote 2 (219.505 €). No figura ni en el Pliego de Condiciones Particulares (PCP) ni en el anuncio de licitación el valor estimado del contrato, pero no se prevén prórrogas, sino un plazo de ejecución de 2 meses, y tampoco se prevé, según el PCP en relación con el Cuadro de características, revisión de precios o premios a los licitadores. En la cláusula 10 del PCP hay referencia a eventuales modificaciones sujetas a autorización del órgano de contratación, pero el Cuadro de características no concreta ninguna.

La cláusula 15ª del PCP señala: "*- RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO. El contrato quedará sometido a lo establecido en el presente Pliego y en el de Prescripciones Técnicas y, en lo no previsto en los apartados precedentes, habrá de estarse a las normas aplicables de Derecho Privado. Las cuestiones litigiosas que puedan surgir sobre interpretación, cumplimiento y ejecución del contrato, serán resueltas por los Juzgados y Tribunales del lugar de celebración del mismo, a cuya jurisdicción se someterán las partes, renunciando expresamente a cualquier fuero que les pudiera corresponder.*"

En lo que respecta a “*PROCESO DE SELECCIÓN DE OFERTAS.*”

“2a) Evaluación de la oferta técnica.

Para la evaluación técnica de este expediente se tendrán en cuenta los criterios y subcriterios que se indican en el Anexo 4 de este Pliego con la ponderación que se señala.

2b) Metodología.

Realizada la apertura de ofertas económicas, Aena S.A. podrá solicitar mejoras económicas de su oferta a aquellos licitadores cuya puntuación técnica sea igual o superior al valor mínimo de calidad técnica indicado en el apartado i) del Cuadro de Características de este Pliego.”

Respecto al apartado “*Mínimo de Calidad Técnica: 60 PUNTOS.*”

El Anexo referido a la oferta técnica señala:

“3. DOCUMENTACIÓN TÉCNICA LOTE 2: Papeleras Embarques T123, T4 y T4S.

1. CARACTERÍSTICAS Incluirá al menos:

1.1. Descripción detallada. Forma de la papelera. Base, cabezal y contenedores. Se acompañará de fotografías. Capacidad.

1.2. Planos. Dimensiones. Recogerá las distintas partes/elementos de la papelera.

Además de longitudes y diámetros, incluirá pesos.

1.3. Materiales y acabados. Serigrafía/Rotulación.

1.4. Certificación de normativa de los suministros.

La descripción deberá ir documentada con gráficos y/o imágenes. En caso de colores se indicará el pantone.

2. CALIDADES Incluirá al menos:

2.1. Justificación de la mejora en el plazo de garantía de los suministros

2.2. Disponibilidad y plazos de entrega de repuestos y accesorios.

2.3. Otros factores y aspectos a valorar, si los hubiera.

3. FUNCIONALIDAD

Se deberá describir la forma de colocación de bolsas de basura, método de apertura de los cabezales y vaciado de contenedores. Opcionalmente, se podrá presentar un vídeo en soporte digital que ilustre el manejo de la papelera por parte del personal de limpieza. En caso de presentar vídeo, deberá acreditar el vaciado de la papelera cuando está se encuentre al máximo de su capacidad, no deberá ser una simulación con bolsas vacías. Se recomienda utilizar una carga (en peso y/o volumen) similar a la que representarían los residuos.

(...)

4. MUESTRAS LOTE 2: "Papeleras Embarques T123, T4 y T4S"

Todos los licitadores deberán entregar obligatoriamente junto con su oferta una MUESTRA de papelera. La muestra se enviará, separadamente de la documentación solicitada, a la siguiente dirección: (...)"

Y en el Anexo 4, "CRITERIOS DE EVALUACION TÉCNICA", se incluye un cuadro con epígrafes, subepígrafes y puntuaciones; en lo que nos interesa:

"1. CARACTERÍSTICAS...20

1.1 Descripción detallada. Forma, dimensiones, capacidad...10

1.2 Planos. Dimensiones y capacidad (total y parcial)...10

(...)

3. FUNCIONALIDAD... 25

3.1 Funcionalidad acorde a alto uso por operarios limpieza. Manejabilidad y seguridad...10

3.2 Funcionalidad (apertura, cierre, reposición de bolsas, reposición de elementos/cubetas). Precisión de encaje. Posibles daños a las bolsas nulos...10

3.3 Facilidad de limpieza cuerpo interior de la papelera (acumulación de restos)...5."

Segundo. La oferta técnica de la recurrente referida al Lote 2 indicaba (en lo que nos interesa):

"PAPELERAS EMBARQUES T1-2-3 T4 y T4S

1. DESCRIPCION DEL MODELO

2. MEDIDAS Y PESOS

Medidas globales: 0475 x 850 mm

Capacidad útil total: 120 L

Peso neto total: 18,3 Kg

Medidas cubo interior 1/4: 225 x 255 x 820 mm

Peso neto cubo 1/4 4,3 Kg

Capacidad: 30 L

Medidas cubo interior 1/2: 455 x 255 x 820 mm

Capacidad: 60 L

Peso neto: 6,5 Kg

3. MATERIALES

(...)

4. ACABADOS

(...)

5. CARACTERÍSTICAS Y CALIDADES

(...)

El diseño de los cubos interiores igualmente está concebido de forma tal que sea cómoda su extracción del interior de la papelera y, de la misma forma, presenta ausencia de elementos que supongan un punto de enganche para la bolsa de basura en su extracción por lo que se evita el consiguiente riesgo de rotura.

(...)

6. GARANTÍA (...).

Tercero. Una vez evaluada la documentación técnica administrativa presentada por los licitadores, con fecha 22 de septiembre se procedió a realizar el informe de evaluación técnica del Sobre 2, resultando del mismo que la empresa DIS RIVAS S.L. no alcanzaba

la calidad técnica mínima exigida, al haber obtenido una puntuación de 59 puntos en la evaluación técnica de los criterios de la oferta Lote 2 *"Papeleras de Embarque"*, contenidos en los Anexos del Pliego de Cláusulas Particulares que rige la contratación. Con fecha de 26 de octubre de 2015, se procedió a la apertura en acto público de las ofertas económicas de los licitadores cuyas ofertas técnicas hubieran superado la calidad técnica mínima exigida en cada uno de los lotes licitados, declarándose en ese momento excluida de la licitación del Lote 2 a la empresa DIS RIVAS S.L. por no superar la calidad técnica mínima exigida, por lo que no se procedió a abrir su oferta económica para este Lote 2.

La empresa recurrente reconoce que el 6 de noviembre recibió una notificación en la que se le indicaba que *"En relación con la proposición presentada por Uds., para nuestro expediente número MAD 212/15, titulado "Suministro de papeleras para aseos y embarques en el Aeropuerto Adolfo Suarez Madrid-Barajas (Lote 2)", les informamos que su oferta presentada no ha alcanzado el mínimo de calidad técnica exigida en el Pliego de Cláusulas Particulares (60 puntos), siendo la puntuación obtenida la siguiente: (...)".* Seguido a continuación del cuadro de puntuaciones.

La empresa pidió aclaración al respecto que fue remitida, según el propio informe del órgano de contratación, el 1 de febrero de 2016.

En el mismo se decía acompañar el Informe Técnico de la Valoración de la muestra de RIVAS DISTRIBUCIONES. S.A., acompañando cuadro de criterios y subcriterios con las correspondientes puntuaciones:

En el 1.1, 4 de 10; 1.2, 5 de 5; 1.3, 8 de 10;

En el 2.1, 5 de 10; 2.2, 2 de 10; 2.3, 5 de 5; 2.4, 5 de 5;

En el 3.1, 0 de 10; 3.2, 0 de 10;

En el 4.1, 10 de 10; 4.2, 10 de 10; 5, 5 de 5;

Señalándose además que:

"1. En cuanto la primera reclamación planteada por RIVAS DISTRIBUCIONES:

Para la evaluación de las características se solicita la siguiente documentación:

(...Y se cita)

La oferta de Rivas Distribuciones no incluye las dimensiones ni pesos del cuerpo de la papeleras (página 10 de su oferta), tal como se indica en el punto 1.2. Se desconoce el peso y medidas de la cubierta, así como el del cuerpo exterior de la papeleras, si bien detallan las características globales del conjunto y de los cubos interiores y del conjunto. Tampoco aporta planos y/o gráficos, únicamente fotografías.

El subcriterio de Evaluación técnica:

1.1 Descripción detallada. Forma, dimensiones, capacidad En este subcriterio evalúa la Base, cabezal y contenedores.

Se puntuó con un 4/10 al no aportar el 100 % de los datos como se ha citado, no incluye las dimensiones ni pesos del cuerpo de la papeleras ni del cabezal. Restando puntuación la forma de la papeleras una vez evaluada la muestra y viendo el sistema poco seguro de cierre, el cabezal se separa del cuerpo y es susceptible de extravío, deformaciones en caso de golpes y o caídas, así como inseguro desde el punto de vista de Seguridad Aeroportuaria ya que podría llegar a ser sustraído y utilizados con fines que pueden comprometer la Seguridad.

Por otro, se considera que los cubetos carecen de un diseño de extracción apropiado, una vez evaluada la muestra y realizados ensayos en este sentido con los diferentes adjudicatarios de Limpieza del Aeropuerto.

- Adicionalmente indicar que en el subcriterio de Evaluación técnica:

1.2 Planos. Dimensiones y capacidad (total y parcial)

Se puntuó con un 5/5, cuando la oferta no incluía plano alguno ni dimensiones del cuerpo exterior de la papeleras, por lo que en caso de una segunda evaluación sería preciso reconsiderar esta puntuación.

3. En cuanto la segunda reclamación planteada por RIVAS DISTRIBUCIONES:

Para la evaluación de la Funcionalidad de la Papeleras se indica:

3. FUNCIONALIDAD

Se deberá describir la forma de colocación de bolsas de basura, método de apertura de los cabezales y vaciado de contenedores. Opcionalmente, se podrá presentar un vídeo en soporte digital que ilustre el manejo de la papeleras por parte del personal de limpieza.

En caso de presentar vídeo, deberá acreditar el vaciado de la papelera cuando está se encuentre al máximo de su capacidad, no deberá ser una simulación con bolsas vacías. Se recomienda utilizar una carga (en peso y/o volumen) similar a la que representarían los residuos.

RIVAS DISTRIBUCIONES su oferta no facilita descripción de la funcionalidad. Asimismo, los informes emitidos por el Servicio de PRL de Aena de 18/07/2015 acreditan lo siguiente:

- Los contenedores interiores son pesados.*
- Los tres contenedores interiores no dejan holgura suficiente para la colocación de la bolsa de basura,*
- Los tres contenedores disponen de un asa para facilitar su retirada. El contenedor de 1/2 se considera que necesitarla de un asa más para facilitar el levantamiento del contenedor puesto que puede resultar pesado y la adopción de posturas forzadas.*
- El asa de los contenedores puede provocar la rotura de la bolsa de basura al sacarla de éste.*
- La parte superior de la papelera debe extraerse del cuerpo de la misma y depositarse sobre otra superficie,*

Por lo que se considera que la muestra ofertada no es apta para un alto uso por operarios de limpieza al no existir holgura para colocar las bolsas, ni facilidad para su manejo con bolsas llenas.

3.1 Funcionalidad acorde a alto uso por operarios limpieza. Manejabilidad y seguridad.

3.2 Funcionalidad (apertura, cierre, reposición de bolsas, reposición de elementos/cubetas).

Precisión de encaje. Posibles daños a las bolsas nulos.

Tal como se recogía en el informe Técnico de Evaluación de Ofertas (Sobre 3):

"NO cumple la funcionalidad esperada en cuanto a uso por personal de Limpieza, la tapa permite proteger adecuadamente el conjunto, al quedar perfectamente cerrado y ajustado, no quedando a la vista los contenedores interiores ni las bolsas. Sin embargo,

los contenedores interiores son pesados, de 474 extracción y carecen de orejetas suficientes para facilitar su retirada, especialmente el contenedor de mayor tamaño (1/2), su peso 6.5 Kg, necesitaría tener una orejeta o pestaña para cada mano, no para un solo lado, como presenta la muestra.

El cambio de bolsa es difícil ya que no existe holgura entre los contenedores Interiores. Puede provocar atrapamientos de dedos y rotura de bolsos, para colocar la balsa se ha de hacer hueco con los dedos entre los contenedores.

Adicionalmente, se acompaña este informe de las evaluaciones realizadas por el Servicio PRL de los adjudicatarios de Limpieza de este Aeropuerto, EULEN (Servicio de Prevención Mancomunado de Riesgos Laborales del Grupo Eulen) e ILUNION, constatando las mismas deficiencias."

Cuarto. *Contra la citada exclusión se presenta este recurso, en que se muestra disconformidad con los motivos que han llevado a AENA a otorgar una puntuación inferior a los 60 puntos, razonando pormenorizadamente por qué el licitador entiende que había cumplido con las especificaciones de la oferta técnica. Así, señala:*

En relación al punto 1.1. del Pliego de Prescripciones Técnicas, que alude a "Descripción detallada. Formas, dimensiones y capacidad", en que se le dio 4 puntos de 10 posibles; que "En la memoria presentada, en el punto denominado "Descripción del modelo", se detalla con minuciosidad tanto los componentes que conforman el conjunto papelera como la forma de los mismos. (...) Asimismo, en el punto denominado "Medidas y pesos" se proporciona el detalle de cada uno de dichos componentes, sus medidas, pesos y capacidades (las particulares de cada uno de dichos componentes). Es incierto que no se hayan aportado las dimensiones del cabezal, en la información aportada se constata este extremo.

Se ha aportado igualmente, dentro del apartado "materiales" fotografías de detalle de los componentes mencionados, que permiten la visualización de las descripciones dadas."

Añade que "Por otro lado, el informe que motiva la puntuación realiza una serie de apreciaciones que no procedía tener en cuenta para valorar, a la baja, este apartado. Nos referimos a toda una serie de consideraciones relativas a la evaluación de la muestra, a los ensayos y pruebas realizadas por la misma. Aena motiva su valoración en este apartado en base a dichas pruebas y ensayos, cuando el apartado mencionado

únicamente se refiere a la información que se debía suministrar por parte de los licitadores. El resultado de las pruebas y ensayos realizados no podía constituir fundamento para valorar un apartado que, literalmente, se refiere a la "Descripción detallada" en cuanto a formas, dimensiones y capacidad, y no a la funcionalidad, que se prevé en el apartado 3. de los criterios técnicos."

También indica que "Se motiva por parte de Aena que la información suministrada por esta parte no contenía planos y/o gráficos, únicamente fotografías. Pues bien, el Pliego da la opción de aportar planos v/o fotografías, por lo que aportar sólo fotografías es perfectamente válido."

Concluyendo que en este punto "se ha cumplido escrupulosamente con las exigencias de los pliegos, habiéndose aportado el 100 % de los datos, en contra de lo afirmado por Aena en el informe notificado el 1 de febrero de 2016. Ello amén de haber utilizado criterios improcedentes para motivar la valoración realizada en este concreto apartado."

En cuanto al punto 2.2 "Robustez: resistencia de los materiales de cierre y fortaleza de los materiales a los impactos", en que se le dio 2 puntos de 10; responde a cada una de las afirmaciones de Aena:

"El modelo presentado no dispone de cierres específicos porque la propia prescripción indica que la función de cierre puede ser realizada por el propio cabezal."

"El aluminio es el material más endeble posible de entre los metales para fabricación de mobiliario urbano. La prescripción lo condiciona no solo al cuerpo principal sino también al cabezal. Una elección más apropiada de materiales por parte de Aena, en el caso de tener en alta consideración la fortaleza del mismo a los impactos, debería haber sido el acero inoxidable o la chapa de acero. Al ser exigido específicamente el aluminio en el Pliego, resulta imposible casar robustez o resistencia de los materiales a los impactos con ligereza de peso."

En cualquier caso, en los criterios de evaluación técnica no se exige que el peso sea reducido, ni siquiera se especifica un peso máximo que no podría ser superado, a efectos de que los licitadores tuvieran una referencia para su orientación. Ello en relación con lo expresado en la página 4 del informe cuando expresa que "(...) los contenedores interiores son pesados (...). No procede por tanto una valoración de 2 puntos sobre 10 en este apartado, sino mayor, teniendo en cuenta que al exigir que el material de fabricación

sea el aluminio la robustez está limitada por la propia naturaleza de este tipo de metal, que es exigido en los Pliegos."

En el Punto 3.1. *"Funcionalidad acorde al alto uso de los operarios de limpieza, manejabilidad y Seguridad."*, señala que *"es sorprendente que de 10 puntos no se conceda ninguno."*

En el caso del modelo presentado se apostó por un modelo con el cabezal completamente extraíble (no condicionado por una, bisagra) con el fin de poder colocarse en cualquier lugar y espacio ya que la apertura será libre y no condiciona una pared, columna o cualquier otro elemento que obligue a una posición concreta. Además, la extracción del cabezal asegura un completo acceso (100%) a los cubos y bolsas interiores por parte de los operarios y así facilitar la manipulación. Esto es un dato objetivo que no admite discusión."

La papelera se ha fabricado evitando que la chapa acabe en filos. El cuerpo principal y los cubos interiores para la recogida de residuos tienen las aristas "chapadas", es decir que la chapa está plegada sobre si misma de forma que no hay efecto chuchillo. Por tanto, no sólo no se compromete la seguridad de los operarios, sino que, al contrario, se garantiza la misma al no existir riesgo de cortes al manipular las papeleras."

Entendemos también en este extremo que se debió conceder algún punto."

Finalmente, en el apartado 3.2. *"Funcionalidad (apertura, cierre, reposición de bolsas, reposición de elementos/cubetas). Precisión de encaje. Posibles daños a bolsas nulos."*, Se dice *"mostramos igualmente nuestra disconformidad con la decisión de no conceder ninguna puntuación, de los 10 puntos que estaban en juego."*

En cuanto a la apertura, ya se ha expresado en el ordinal anterior, al cual nos remitimos, que el sistema de apertura no puede ser más sencillo, se retira el cabezal para la manipulación de la papelera y luego se vuelve a colocar. No presenta ninguna complicación."

En lo relativo a la reposición de bolsas, el Pliego indica que la papelera ha de llevar cubos interiores. Desde el momento en que existen estos cubos, la única forma de colocar la bolsa es en su interior y rebosando los extremos de la bolsa por la parte superior del cubo, siempre y en cualquier caso. La reposición es sencilla y unívoca, en nuestro

modelo y en cualquier otro, no existe otra forma de encajar las bolsas, nos parece una cuestión de sentido común.

En cuanto a la reposición de cubetas, en caso de deterioro simplemente se sustituye un elemento que de por sí es independiente por otro idéntico, no cae más y no hay mayor problema. Además, en la memoria se incluyó un apartado de "Repuestos y reposiciones" donde ya se garantiza esta sustitución e incluso se indica que se dispondrá de un stock de seguridad para atender de forma instantánea dichas reposiciones.

Y finalmente, en cuanto a la exigencia de posibles daños a las bolsas nulos, ya se menciona expresamente en la memoria que el diseño ha contemplado este extremo de forma que se minimicen los riesgos de rotura en el uso de las bolsas.

Por todo ello, se debió conceder también en este apartado alguna puntuación, entendiéndolo como mínimo la de 2 ó 3 puntos."

Frente a ello, el informe del órgano de contratación plantea que el recurso es inadmisibile: en primer lugar, porque el recurrente no deja claro qué procedimiento interpone frente al acuerdo de exclusión del procedimiento de licitación, y ello porque menciona tanto el artículo 101 y 104 de la Ley 31/2007 de 30 de octubre sobre Procedimientos de Contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE) que regula los Procedimientos de Reclamación y cuestiones de nulidad que se susciten respecto de los Contratos cuyos Procedimientos de adjudicación se regulan en la LCSE; pero igualmente menciona el artículo 44 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Y en segundo lugar y en todo caso, porque el contrato objeto de reclamación es un contrato de suministro cuyo valor estimado es inferior a 414.000 euros, por lo que el mismo se encuentra excluido por razón de su cuantía de la aplicación de la LCSE, conforme a lo prevenido en su artículo 16 a), y consecuentemente de esta reclamación.

Subsidiariamente, y en cuanto al fondo, alega nuestra doctrina sobre la discrecionalidad del órgano de contratación en las valoraciones técnicas.

Quinto. El 26 de febrero, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores concurrentes a la convocatoria para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas en el plazo de cinco días hábiles, no habiendo ninguna de ellas evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. En el presente supuesto se plantean varias posibles causas de inadmisión: las alegadas por el órgano de contratación, que señala que el recurrente no especifica cuál es el recurso que interpone, y que este contrato no está sujeto a este recurso especial; y la referida al plazo de interposición, que se suscita de forma notoria, pues, como resulta de nuestros antecedentes, el acuerdo de exclusión fue notificado varios meses antes de la interposición de este recurso.

Ahora bien, entendemos que es prioritario el examen de la procedencia de este recurso o reclamación y de la competencia de este Tribunal.

A este respecto, y como resolvimos ya en la Resolución 281/2012, es de aplicación la (ahora) Disposición Adicional Octava.2 del TRLCSP, que establece que "*(...) los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007 de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada*".

Y, como dijimos entonces, "*(...) en la medida en que AENA no es una administración pública, dada su condición de entidad pública empresarial (art. 3.2 in fine del Texto Refundido), y que el presente contrato afecta al sector de los transportes, cabe concluir que, en principio, la norma aplicable no sería la Ley de Contratos del Sector Público, sino la Ley 31/2007. Sin embargo, al tratarse de un contrato de servicios cuyo valor estimado se encuentra por debajo de los 400.000,- € que señala el artículo 16 a) de la mencionada Ley, resulta de aplicación lo indicado en el último inciso de la Disposición transcrita, en el sentido de que le son aplicables las normas del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, salvo aquéllas que estuvieran establecidas de forma exclusiva para los contratos de regulación armonizada*".

Sentado lo anterior queda por determinar si, excluida la aplicación de la primera de las Leyes citadas y, por consiguiente, de la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la misma, resulta posible aplicar las disposiciones de los artículos 40 a 49 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y tramitarlo como recurso especial en materia de contratación.

Se trata, pues, de aclarar si cuando la Disposición Adicional octava se refiere a que a los contratos realizados por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas en los denominados Sectores Especiales cuya cuantía sea inferior a los 400.000,- €, quedarán sujetos al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, “sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”, deben considerarse incluidos o no dentro de esta excepción también los artículos 40 a 49 del mismo. Debemos, en consecuencia, analizar si resulta comprendido dentro de ella el artículo 40.1 del Texto Refundido, pues el resto lo estarán o no, en función de lo que se concluya respecto de éste.

A tal respecto, debe tenerse en cuenta que la Disposición Adicional antes examinada considera que no son aplicables a los contratos en cuestión las normas establecidas “exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”. Es preciso, así pues, aclarar si el artículo 40.1 entra dentro de esta categoría de normas. El citado precepto dispone: “Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada. b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros y c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años. Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17”.

Una simple lectura del precepto pone de manifiesto que no se trata de una norma de aplicación exclusiva a los contratos sujetos a regulación armonizada puesto que se refiere, asimismo, a los de gestión de servicios públicos, que no lo son, y a los de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del Texto Refundido que, al igual que los anteriores, carecen de esta calificación. Así las cosas, resulta evidente

que este precepto no es una norma establecida exclusivamente para los contratos de regulación armonizada y, en tal sentido, no debe considerarse afectado por la exclusión que, en cuanto a su aplicación a los contratos como el que se analiza, hace la Disposición Adicional octava tantas veces referida.

Como consecuencia de todo ello, deberíamos proclamar, inicialmente, la competencia del Tribunal para conocer de los recursos que se interpongan contra los actos del procedimiento de adjudicación y de los pliegos y documentos contractuales en general que lo regulen, por aplicación conjunta del precepto comentado y del artículo 41.1 ambos del Texto Refundido.

Sin embargo, de admitir de forma incondicional la competencia del Tribunal nos encontraríamos ante la paradoja de que para este caso, dicha competencia no vendría determinada en función de que el valor estimado del contrato supere los umbrales previstos en la Ley, sino más exactamente de que se encuentre por debajo del establecido por el artículo 16 a) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Ello vendría a consagrar una clara excepción al principio general que inspira el ámbito objetivo del recurso, cual es el de que éste se admite sólo con respecto de los contratos que superen ciertos umbrales cuantitativos, admitiéndose respecto del que contemplamos y de los que se encontraran en sus mismas circunstancias cualquiera que sea el importe siempre que no superen los 400.000,- €.

Tal situación no resulta compatible con la configuración general del recurso y, en consecuencia, debe adaptarse de forma que no existan diferencias de trato entre uno y otro tipo de contratos pues no hay un precepto legal que de forma clara y terminante la establezca. En tales circunstancias, debe considerarse de aplicación analógica el mismo límite previsto para admitir el recurso con respecto de los restantes contratos de la misma naturaleza. Ello nos lleva a entender que sólo aquellos contratos de servicios, en que se den las circunstancias del que constituye el objeto del presente recurso y cuyo valor estimado, además, supere el umbral establecido para los restantes contratos de servicios a efectos del recurso especial en materia de contratación, son susceptibles de éste.

Sentado lo anterior, el límite de la competencia de este Tribunal respecto de los indicados contratos estará establecido en los 200.000,- € que fija el artículo 16.1 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y, consiguientemente, puesto que el

valor estimado del presente contrato supera dicha cifra, debe entenderse que es susceptible de recurso especial en materia de contratación y que la competencia para conocer de él y para resolverlo corresponde a este Tribunal.”

Y debemos añadir que este criterio fue ratificado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6-5-2015, dictada en el rec. 388/2013.

Por lo que, en definitiva, este Tribunal es competente para conocer del presente recurso.

Ahora bien, no lo es para acoger su pretensión de que se anule el acto recurrido *“acordando conceder a DIS RIVAS, S.L. una puntuación superior a la valorada por el órgano de contratación, en todo caso alcanzando siempre los 60 puntos como mínimo”*, puesto que, como hemos señalado de forma reiterada, la competencia de este Tribunal se limita a la anulación en su caso de la actuación recurrida, no pudiendo invadir las competencias del órgano de contratación, que debería, en caso de hipotética anulación, realizar la valoración técnica que procediera.

Segundo. Igualmente se dan los requisitos de legitimación -al tratarse de un licitador- y acto recurrible -exclusión-, conforme a la normativa de aplicación.

Tercero. En cuanto al plazo para recurrir, y sin necesidad de entrar en la consideración de si ha de entenderse ampliado hasta el momento de ser proporcionada la información complementaria solicitada, en todo caso, al ser procedente este recurso especial, la omisión de toda indicación sobre el mismo en la notificación del acto recurrido deja abierto su plazo, de conformidad con el art. 58.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, de supletoria aplicación.

Cuarto. Respecto de la indeterminación en el tipo de recurso interpuesto, a la que se refiere el órgano de contratación, la misma no produce efecto de inadmisión alguno: Así, es igualmente de supletoria aplicación el art. 110.2 de la Ley 30/1992, según el cual *“2. El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.”* Lo que implica, todavía más que la imprecisión, que no ya el error, en su calificación, tampoco pueda obstar a dicha tramitación.

En todo caso, el recurso debe calificarse, conforme a lo expuesto en nuestro Fundamento primero, como recurso especial en materia de contratación.

Quinto. En cuanto al fondo, la recurrente cuestiona la valoración de su oferta técnica realizada por el órgano de contratación tras informarse por los servicios técnicos competentes.

A este respecto, y como hemos recordado en la reciente Resolución 172/2016, con cita de otras como la Resolución 609/2015 de 29 de junio, *“conforme al artículo 1 del TRLCSP, el régimen jurídico que rige la contratación pública no tiene como único fin el garantizar que la contratación en el Sector Público se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, sino también asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, 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, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.*

Decíamos en nuestra Resolución 736/2015 que “los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y solo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. Así, en nuestra Resolución nº 52/2015 decíamos que “en esta tesitura, como ya ha señalado este Tribunal en su Resolución nº 177/2014 de fecha 28 de febrero de 2014 «(...) para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado”.

En sentido similar, la Resolución 408/2015 indicó:

“Este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente (por todas, Resoluciones de 26 de enero, 30 de marzo de 2012, 4 de abril de 2014, 19 de mayo de 2014 ó 26 de septiembre

de 2014) sobre la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración en la valoración de criterios eminentemente técnicos, señalando que “es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.”

Por su parte, las Resoluciones 159/2012, de 30 de julio y 550/2014, de 18 de julio, señalaban que “sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación -seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar ‘un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos’ (resolución de este Tribunal núm. 93/2012).”

Aplicando dichas consideraciones al supuesto objeto de estudio, resulta que solo en caso de error, arbitrariedad o el defecto procedimental, podrá revisarse la referida valoración.

Pues bien, de las discrepancias manifestadas por el recurrente, entendemos que solo las que después exponremos podrían encuadrarse apriorísticamente en uno de estos defectos, por evidenciar, en su caso, una evaluación del criterio que no correspondiese con los datos de la oferta, o que no estuviera no fundada en motivos atinentes al criterio en cuestión; siendo las demás meras discrepancias técnicas en cuya evaluación no podemos entrar, al pertenecer al precitado ámbito de discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

Nos referimos al criterio de “1.CARACTERÍSTICAS. 1.1 Descripción detallada. Forma, dimensiones, capacidad; 1.2 Planos. Dimensiones y capacidad (total y parcial)” (...), respecto a la alegación de si efectivamente la oferta cumplía o no las exigencias del pliego de una “1.1. Descripción detallada. Forma de la papelera. Base, cabezal y contenedores. Se acompañará de fotografías. Capacidad.

1.2. Planos. Dimensiones. Recogerá las distintas partes/elementos de la papelera. Además de longitudes y diámetros, incluirá pesos.”

Recordemos que el órgano de contratación ha aducido que “La oferta de Rivas Distribuciones no incluye las dimensiones ni pesos del cuerpo de la papelera (página 10 de su oferta), tal como se indica en el punto 1.2. Se desconoce el peso y medidas de la cubierta, así como el del cuerpo exterior de la papelera”.

Y, como resulta de la transcripción de los Antecedentes, es cierto que la oferta solo incluía “Medidas globales, Capacidad útil total, Peso neto total, Medidas cubo interior, Peso neto cubo, Capacidad, Medidas cubo interior, Capacidad, Peso neto”, pero no separadamente peso y medidas de la cubierta y del cuerpo exterior, exigencia incluidas en la previsión del PCP de que se consignen los “pesos” de “las distintas partes/elementos de la papelera”. Por lo que la decisión de asignación del órgano de contratación, basada en el informe técnico que constata tal deficiencia, no aparece como arbitraria o errónea.

A efectos del mismo criterio 1, entendemos que aunque en principio, como indica el recurrente, las fotografías están incluidas en el concepto de “imágenes” que permitía el pliego (“La descripción deberá ir documentada con gráficos y/o imágenes”), ello no empece a la conclusión sobre la no aportación de todos los elementos descriptivos que justificarían mayor puntuación.

Y en cuanto a si en este criterio 1 se puede restar puntuación por la forma de la papelera una vez evaluada la muestra (“viendo el sistema poco seguro de cierre, el cabezal se separa del cuerpo y es susceptible de extravío, deformaciones en caso de golpes y o caídas, así como inseguro desde el punto de vista de Seguridad Aeroportuaria ya que podría llegar a ser sustraído y utilizados con fines que pueden comprometer la Seguridad.”, como dice el órgano de contratación) , por referirse tal motivación -según el recurrente- no a este criterio, sino a la funcionalidad que se evalúa en el 3, debemos indicar lo siguiente: Un análisis de este criterio 3(“(…) forma de colocación de bolsas de

basura, método de apertura de los cabezales y vaciado de contenedores. Opcionalmente, se podrá presentar un vídeo en soporte digital que ilustre el manejo de la papelería por parte del personal de limpieza”) muestra que hace referencia a las aptitudes de uso de la papelería por el personal de limpieza, por lo que entendemos que el criterio 1 no se limita a la evaluación de que se cumplimente la descripción del producto de forma completa (lo que en todo caso el recurrente no hizo), sino que puede dar lugar a una evaluación de las características descritas en relación con el destino del elemento ofertado, siempre que constituya una evaluación distinta de la hecha respecto de la “funcionalidad” del epígrafe 3; como sucede en este caso, en que en el criterio 1 se han valorado los elementos de la papelería con carácter general (puede entenderse que a efectos de uso cotidiano, transporte o seguridad), y no solo desde el punto de vista del personal de limpieza.

A estos efectos, carece de sentido que se rechace la evaluación de muestras, cuando el pliego las solicitaba, y evidentemente su función sólo puede ser la comprobación de las características de la papelería, incluido (por qué no) el funcionamiento de sus diversos elementos.

Las demás alegaciones expuestas, insistimos, corresponden a discrepancias técnicas en las que este Tribunal, con arreglo a su doctrina consolidada y antes expuesta, considera que no debe entrar.

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 presentado por D. J.L.S.F., en representación de la mercantil DIS RIVAS, S.L., contra el acuerdo de exclusión en la licitación *“Suministro de papelerías de aseos y embarques en el Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas (Lote 2)”* de Aena, Expediente MAD 212/15.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.