Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno. 848 42 19 64-848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 84/2020

ACUERDO 93/2020, de 15 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don F. A. L., en nombre y representación de CONSTRUCCIONES Y EXCAVACIONES ERRI-BERRI, S.L., frente a la propuesta de adjudicación de 7 de septiembre de 2020 por la que se excluye a dicha mercantil del procedimiento de licitación del contrato de "*Suministro y restauración posterior de gravera*" tramitado por el Concejo de Olaz Subiza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Concejo de Olaz Subiza publicó el 8 de agosto de 2020 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de "*Suministro y restauración posterior de gravera*".

A dicho contrato concurrieron los siguientes licitadores:

- EXCAVACIONES PERÚ, S.L.
- CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS, S.L.
- CONSTRUCCIONES Y EXCAVACIONES ERRI-BERRI, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 24 de agosto de 2020, se reunió la Mesa de Contratación para la apertura del sobre A "Documentación administrativa" presentado por los licitadores, admitiéndose a todos ellos a la licitación.

En el mismo acto se procedió a la apertura del sobre B "Propuesta técnica. Criterio sujeto a juicios de valor". Según consta en la correspondiente acta, las propuestas fueron remitidas a los técnicos al objeto de que emitieran su opinión al respecto.

Con fecha 28 de agosto de 2020, se reunió nuevamente la Mesa de Contratación acordando la exclusión de la oferta presentada por CONSTRUCCIONES Y EXCAVACIONES ERRI-BERRI, S.L. y procediendo a valorar las restantes ofertas.

Respecto a la citada exclusión el acta señala lo siguiente:

"*Conforme a lo previsto en el apartado DECIMO TERCERO del pliego de cláusulas económico administrativas, y tras consultar a los técnicos, la Mesa de contratación entiende que la propuesta presentada por CONSTRUCCIONES Y EXCAVACIONES ERRIBERRI, S.L., con CIF B31258346, no cumple con el requisito esencial de aportación de tierras vegetales en exclusiva, como así exige los dos Pliegos reguladores, en especial el de Prescripciones técnicas, ya que en el documento presentado por la empresa titulado PROCESO CONSTRUCTIVO, en su punto cuarto de <descripción de las actuaciones> (pagina 5) indica que la citada ejecución se llevará a cabo mediante un acondicionamiento de caminos provisionales en el interior de la gravera.*

La oferta indica que la ejecución de dicha solución se llevara a cabo mediante el diseño de una cuadricula, mediante vías o accesos realizados con material reciclado definido en el final del documento.

Dichos materiales a emplear en los caminos se detallan como HORMIGON 0-30, 30-60 y ARIDO RECICLADO (intermedio), siendo cada uno de la cuadricula definida posteriormente cubierta de forma individual.

La Mesa entiende que una vez vertido dicho material, aunque se establezca como provisional en la oferta, es difícil de extraer, y por tanto, como depositados de forma definitiva, siendo incumplido el requisito esencial de no verter materiales diferentes a la tierra vegetal exigida en los pliegos reguladores.

Por lo que se debe excluir a ERRIBERRI de la licitación en virtud de lo dispuesto en las clausula SEGUNDA del pliego de cláusulas administrativas, el PPT y los artículos previstos en la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra".

Con fecha 4 de septiembre de 2020 la Mesa de Contratación procedió a la apertura y valoración del sobre C "Oferta económica y criterios sociales. Criterios valoración automática".

El 7 de septiembre la Mesa de Contratación volvió a reunirse "*para comunicar los resultados y exclusiones*", así como para realizar la propuesta de adjudicación a favor de CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS, S.L.

Dicha propuesta de adjudicación se formuló el mismo día 7 de septiembre, señalándose en su punto 2º lo siguiente:

"*Que de las tres empresas presentadas, de la lectura de la propuesta técnica de EXCAVACIONES ERRIBERRI, S.L., ésta resulta excluida por proponer una solución que incluye el vertido de materiales prohibidos en la licitación, según se desprende de su proceso constructivo, tras consultarlo con los técnicos*".

TERCERO.- Con fecha 18 de septiembre de 2020, don F. A. L. interpuso, en nombre y representación de CONSTRUCCIONES Y EXCAVACIONES ERRI-BERRI, S.L., una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la propuesta de adjudicación por la que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato.

Entre la documentación adjuntada a la reclamación consta la autorización del reclamante a don F. I. O. B. para su presentación telemática.

En dicha reclamación alega la infracción de los principios de concurrencia, de publicidad y transparencia, así como de los criterios de adjudicación.

Con cita del Acuerdo 39/2019, de 26 de abril, de este Tribunal, señala que "*para excluir una propuesta por infringir las prescripciones técnicas la infracción o vulneración debe ser clara, cualquier duda debe interpretarse conforme a los principios y normativa en materia de contratación (de prohibición de barreras o exigencias ilógicas o desproporcionadas) y además el incumplimiento debe impedir la ejecución correcta del contrato*".

Asimismo, señala que la motivación de la exclusión es absolutamente insuficiente y que por ello incumple los requisitos o exigencias para su exclusión, ya que no cita qué concreta y clara prescripción técnica se vulnera, no cita qué concreta previsión de la propuesta vulnera dicha prescripción técnica, y no concreta ni puede valorarse que sea una cuestión clara y esencial que impida la correcta ejecución del contrato.

Sin embargo, "*aventurando cuál puede ser la posible o eventual infracción, la misma no es cierta, ni es clara, ni impide ejecutar correctamente el contrato*". Argumenta, a este respecto, lo siguiente:

"*Examinada nuestra propuesta, en ningún momento indica que el material de relleno será de material distinto al autorizado, es más, queda reflejado en la documentación que en función de las obras que se ejecuten y la calidad del material extraído, humedades y demás, se colocarán en la zona más apropiada.*

Lo que sí se indica y de forma reiterada, tanto para la reposición y arreglo de caminos externos, como una cuadrícula de caminos interiores a la gravera a modo <provisional>, no definitivo, es que se utilizará materiales reciclados de la planta de reciclaje Contena, e incluso se aporta una ficha general de los mismos, pero, reiteramos, con carácter provisional.

Además, esencial, se debe tener en cuenta que en el planteamiento quda sin definiti ni acotar hasta la fase de elaboración del proyecto definitivo tanto el material de relleno como los perfiles, y otros elementos, que deberán ser elaborados posteriormente, sometidos a aprobación por los organismos competentes".

Atendiendo a lo expuesto, solicita la anulación del acto recurrido y la retroacción de las actuaciones para la valoración de su oferta.

Finalmente, como otrosi digo, señala que "*al no existir motivación alguna, a la luz de la documentación e informe que presente del Concejo, formularemos las consideraciones a la misma y en su caso aportaremos prueba*".

CUARTO.- El día 22 de septiembre de 2020, el Concejo de Olaz Subiza aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, dando con ello cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP.

Las alegaciones comienzan con una amplia exposición de los antecedentes del contrato, de los que cabe destacar los siguientes:

1º. El Concejo contrató al despacho LICITA CONTRATACIÓN PÚBLICA, S.L. para que gestionara el procedimiento de licitación y a un técnico, don J. M. I., para que cubicara y controlara el contenido de los vertidos que se hacían, ya que era un tema que preocupaba al Concejo, que consideraba esencial que sólo se vertieran materiales naturales, prohibiéndose expresamente el vertido de otros materiales.

2º. El citado técnico aclaró que existe una identificación de los residuos (según OMAM/304/2002), que es una clasificación y descripción de los residuos identificados en dos categorías de Residuos de Construcción y Demolición (RCD), y el Concejo sólo quería incluir residuos de Nivel I, tratándose de tierras y materiales pétreos, no contaminados, procedentes de obras de excavación.

3º. El técnico avisó "*que desde un punto de vista de la gestión y control del vertedero, el adjudicatario del contrato puede intentar introducir residuos RCDs de los niveles II y III, ya pues es mucho más económico que cumplir con la exigencia legal de deber ser entregados a centros específicos de tratamiento - gestor autorizado – lo cual además tiene un coste mucho más alto para el adjudicatario*".

4º. Se expone, a continuación, el desarrollo del procedimiento de adjudicación del contrato, señalándose que en la reunión de la Mesa de Contratación de 24 de agosto el "*Sr. Presidente comenta que días antes había recibido una llamada de un representante de ERRIBERRI para decirle que estaba interesado pero que su intención era verter materiales de construcción*".

Asimismo, se señala que, a la vista de la propuesta formulada por la citada empresa, "*se decide realizar una consulta al técnico Don J. M. I., el cual manifiesta el 24 de Agosto de 2020 que a la vista del contenido de la propuesta técnica de la*

mencionada empresa, consideró y considera que la misma no cumplía los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones Técnicas, donde figuraba, expresamente, la prohibición de emplear en el proyecto de restauración de la gravera materiales distintos a tierra y rocas, dado que en la citada documentación figuraba lo siguiente (citas textuales):

"estas franjas húmedas estarían rodeadas de una franja de unos 15.00-20.00 metros de zona tipo <playa>"

"Se definirá una cuadricula de caminos provisionales en el interior de la gravera con material reciclado"

"y la posible ejecución de alguna zanja drenante"

"tanto para la restauración de caminos, como para la realización de caminos interiores y realización de drenajes Erri-Berri tiene prevista la utilización de materiales de reciclaje provenientes de la planta de RCDs Contena Recuperación".

A continuación, se formulan las siguientes alegaciones.

1ª. Que el Concejo de Olaz Subiza "*en todo momento ha tenido la intención de restaurar la gravera con un suministro consistente en residuos de identificación (según OMAM/304/2002), RCDs de Nivel I, los cuales, según el técnico del concejo, son residuos generados por el desarrollo de las obras de infraestructura de ámbito local o supramunicipal contenidas en los diferentes planes de actuación urbanística o planes de desarrollo de carácter regional, siendo resultado de los excedentes de excavación de los movimientos de tierra generados en el transcurso de dichas obras. Tratándose por lo tanto de tierras y materiales pétreos, no contaminados, procedentes de obras de excavación*", y "*nunca los residuos RCDs de Nivel II que son de otro tipo, generados principalmente en las actividades propias del sector de la construcción, de la demolición, de la reparación domiciliaria y de la implantación de servicios*.

Este aspecto fue incluido como ESENCIAL en el pliego en el PUNTO SEGUNDO del Pliego de condiciones económico administrativas, siendo claro al

respecto, así como en el pliego de prescripciones técnicas, con el siguiente contenido: (…)".

2ª. Que "*La empresa RECURRENTE, como así advirtió por teléfono al Presidente, propone introducir residuos RCDs de los niveles II y III y así se desprende de su propuesta, en la que se dice que se va a hacer una cuadricula PROVISIONAL de caminos con materiales prohibidos. Resultaría del todo inviable hacer una cuadrícula de materiales prohibidos y posteriormente retirarla. Esta cuadrícula de 3 o 4 metros de altura (que tiene la gravera de profundidad media aproximadamente) quedaría estructurada y sujetando la tierra con los caminos provisionales hechos de materiales prohibidos. No tiene sentido salvo que sea una forma de convertir en definitivo un vertido calificado de provisional*".

"*Por otra parte pretenden depositar como material drenante estos mismos materiales que están expresamente prohibidos en el pliego*".

"*La inclusión de estos materiales pretendida por la recurrente será para la recurrente más económico que cumplir con la exigencia legal de deber ser entregados a centros específicos de tratamiento - gestor autorizado - lo cual además tiene un coste mucho más alto para el adjudicatario, como se desprende de los precios de CONTENA propiedad de ERRIBERRRI: (…)*".

3ª. Que "*el Concejo insistió en incluir como infracción y sanciones el vertido en la cláusula DECIMO OCTAVA del pliego de cláusulas económico administrativas*", "*Estableciéndose como INFRACION MUY GRAVE el incumplimiento de las condiciones esenciales de ejecución del contrato, como el caso de los vertidos de materiales que no sean los exigidos en el pliego*".

4ª. Que no resulta aplicable la doctrina citada por la reclamante sobre la exclusión por la infracción de la propuesta técnica, "*puesto que no se trata en este caso de un incumplimiento leve, sino de un incumplimiento expreso y claro por parte de los pliegos reguladores, como hemos señalado anteriormente, ya que tanto la cláusula segunda del PCAP (OBJETO) como el PPT no ofrecen la mínima duda sobre la prohibición expresa, y el documento PROCESO CONSTRUCTIVO presentado por*

ERRIBERRI en sus páginas 4 a 6 se dice claramente que los materiales son los prohibidos (hormigón), en concreto en su página 6, donde define los materiales a incluir en la CUADRICULA de caminos provisionales en el interior de la gravera", "*como así aclara el técnico del Concejo el Sr. I. en su certificado de 24 de Agosto*".

5ª. Que el artículo 145.1 del TRLCSP "*establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, mención al pliego de condiciones particulares que se extiende al pliego de prescripciones técnicas (Resoluciones 4/2011, de 19 de enero, 535/2013, 22 de noviembre) por lo que no debería de incumplir aspectos esenciales del mismo, como son los materiales vertidos*".

Asimismo, no resulta necesario que el pliego de cláusulas administrativas particulares prevea expresamente la exclusión de aquellas ofertas que no se ajusten al pliego de prescripciones técnicas.

Afirma, por último, que "*si se tratase de una omisión pues, como así defiende el recurrente, debería presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, o si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, podrían admitir una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, pero es que en este caso el incumplimiento es expreso, siendo dicho extremo confirmado por el técnico en su informe de 24 de Agosto, no cabiendo duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego*".

Respecto a esta última alegación se citan diversas resoluciones, si bien no se indica a qué Tribunal u órgano pertenecen.

Atendiendo a todo lo expuesto, solicita la desestimación de la reclamación y el levantamiento de la suspensión automática por no estar justificada.

QUINTO.- Por el Acuerdo 82/2020, de 24 de septiembre, de este Tribunal, se denegó la solicitud de levantamiento de la suspensión automática formulada por el Concejo de Olaz Subiza.

SEXTO.- Con fecha 25 de septiembre de 2020, se requirió al órgano de contratación que completara el expediente remitido mediante la presentación de "*un listado en el que consten todas las personas participantes en el procedimiento con su dirección de correo electrónico y NIF*", conforme a lo exigido en el artículo 126.4 de la LFCP.

La presentación de dicho documento se produjo el 28 de septiembre.

SÉPTIMO.- El 28 de septiembre de 2020 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, sin que se haya formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra, y de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan de la licitación dictados por una entidad sometida a dicha Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación la propuesta de adjudicación del contrato de suministro y restauración posterior de gravera, de fecha 7 de septiembre de 2020, en cuya virtud tiene lugar la exclusión de la reclamante del procedimiento de licitación; deduciéndose como pretensión la anulación de dicho acto, con retroacción de actuaciones para la valoración de la oferta formulada, que fundamenta, de un lado, en la insuficiente motivación de la decisión en tal sentido adoptada, y de otro, negando la concurrencia del incumplimiento de prescripciones técnicas que la mesa de contratación ha apreciado en su propuesta.

Comenzando por el primero de los motivos de impugnación indicados, relativo a la insuficiente motivación contenida en la propuesta de adjudicación notificada respecto a su exclusión del procedimiento, el artículo 100.3 LFCP al regular la notificación de la adjudicación de los contratos determina que *"La adjudicación deberá ser motivada y contendrá al menos las razones por las que se ha rechazado una candidatura u oferta, las características y ventajas de la oferta seleccionada, señalando el plazo de suspensión de la eficacia de la adjudicación y los medios de impugnación que procedan y se comunicará a todos los interesados en la licitación"*. Regulación que impone que la notificación de la exclusión de los licitadores, también cuando se realice de manera previa a la correspondiente adjudicación del contrato, como es el caso, contenga las razones de tal decisión; y ello a los efectos de permitir la interposición de un recurso suficientemente fundado contra la misma. Así lo concluye, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales en su Resolución 231/2016, de 1 abril, cuando señala que *"En definitiva, el acuerdo de adjudicación o, en su caso, exclusión, debe contener elementos de juicio suficientes para que el resto de licitadores puedan discutir dicho acuerdo en el oportuno procedimiento de revisión"*.

El acto objeto de impugnación, en su apartado segundo indica *"Que de las tres empresas presentadas, de la lectura de la propuesta técnica de EXCAVACIONES ERRIBERRI, S.L., ésta resulta excluida por proponer una solución que incluye el vertido de materiales prohibidos en la licitación, según se desprende de su proceso constructivo, tras consultarlo con los técnicos"*.

La finalidad esencial de la motivación es, como se ha dicho, que el interesado conozca las razones de la adjudicación o rechazo de su oferta que le permitan formular una reclamación debidamente fundada y facilitar un eventual control del acto. Siendo un requisito legal que, aunque sea de forma resumida y no exhaustiva conste el motivo de la decisión adoptada; resultando, además, que siempre cabe la motivación in aliunde, por remisión a informes o documentos que figuren como antecedentes en el expediente.

A la vista del contenido de la propuesta de adjudicación donde se notifica a la reclamante su exclusión del procedimiento, cabe apreciar una insuficiente motivación de dicha decisión, puesto que efectivamente, sin perjuicio de indicar que la razón es la inclusión en la propuesta de vertido de materiales prohibidos en la licitación, omite cualquier referencia o concreción relativa a los materiales a que se refiere y a la prescripción del pliego que tal propuesta incumple.

La exclusión de la reclamante trae causa de lo acordado por la Mesa de Contratación en sesión celebrada con fecha 28 de agosto de 2020 para la valoración del Sobre B de las distintas proposiciones presentadas, incorporándose en el acta correspondiente una motivación mucho más exhaustiva de tal decisión, al indicar que *"Conforme a lo previsto en el apartado DECIMO TERERO del pliego de cláusulas económico administrativas, y consultar a los técnicos, la Mesa de contratación entiende que la propuesta presentada por CONSTRUCCIONES Y EXCAVACIONES ERRIBERRI, S.L., con CIF (…), no cumple con el requisito esencial de aportación de tierras vegetales en exclusiva, como así exige los dos Pliegos reguladores, en especial el de Prescripciones técnicas, ya que en el documento presentado por la empresa titulado PROCESO CONSTRUCTIVO, en su punto cuarto de descripción de las actuaciones (página 5) indica que la citada ejecución se llevará a cabo mediante un acondicionamiento de caminos provisionales en el interior de la gravera.*

La oferta indica que la ejecución de dicha solución se llevará a cabo mediante el diseño de una cuadrícula, mediante vías o accesos realizados con material reciclado definido en el final del documento.

Dichos materiales a emplear en los caminos se detallan como HORMIGON 0-30, 30-60 y ARIDO RECICLADO (intermedio), siendo cada uno de la cuadrícula definida posteriormente cubierta de forma individual.

La Mesa entiende que una vez vertido dicho material, aunque se establezca como provisional en la oferta, es difícil de extraer, y por lo tanto, como depositados de forma definitiva, siendo incumplido el requisito esencial de no verter materiales diferentes a la tierra vegetal exigido en los pliegos reguladores.

Por lo tanto, se decide excluir a ERRIBERRR de la licitación en virtud de lo dispuesto en las cláusula SEGUNDA del pliego de cláusulas administrativas, el PPT, y los artículos previstos en la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra".

Empero, lo cierto es que no consta en el expediente que el acta de la mesa de contratación anteriormente transcrita haya sido notificada a la reclamante; motivo por el cual procede analizar las consecuencias jurídicas de la motivación contenida en el acto objeto de impugnación que, como se ha dicho, merece la calificación de insuficiente. Siendo esto así, debemos dilucidar si con tal defecto se ha producido, en este caso, una indefensión constitucionalmente relevante por haberse impedido a una de las partes el derecho a la defensa, y si dicha indefensión reviste carácter material, en el sentido de considerarse conculcado tal derecho de un modo efectivo y real.

Sobre la motivación exigible a los actos administrativos, el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 31 de octubre de 1995 señala que *"Desde luego, la motivación exigible a los actos administrativos que limitan derechos subjetivos y a los que resuelven recursos -artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958 (RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708), entonces vigente- no presupone necesariamente un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos sus aspectos y perspectivas considerándose suficientemente motivados, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, aquellos actos apoyados en razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la toma de decisión, es decir, la «ratio decidendi» determinante del acto, sirviendo así adecuadamente de instrumento necesario para acreditar su conformidad al ordenamiento jurídico administrativo aplicable y para facilitar a las partes la propia convicción sobre su corrección o incorrección jurídica, a efectos de los posibles recursos tanto administrativos como jurisdiccionales".*

En similares términos se pronuncia la Resolución 832/2019, de 18 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando indica que *"El*

elemento básico para determinar si la fundamentación del acto notificado ha sido o no suficiente en base a ello será, como ocurre en el presente caso, analizar si el interesado ha podido interponer recurso contra el acto administrativo y éste responde y argumenta en contra de las razones que le sirvieron de fundamento. Esto es precisamente lo que ocurre en el presente recurso en el que, como hemos visto más arriba, el recurrente contradice y argumenta sin limitaciones contra los motivos que realmente sirvieron de base a la resolución impugnada."

Sentado lo anterior, la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes a tales efectos.

Como indica el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de septiembre de 2007, la indefensión, como vicio procedimental invalidante, ha de tener un carácter material y no meramente formal y debe haber dejado al afectado en una situación tal que le haya sido imposible alegar o defenderse, con exposición de cual hubiera sido la situación a la que podría haberse llegado de cumplirse los requisitos legales.

En este orden de cosas, el mismo Tribunal en Sentencia de 31 de Julio de 2013 afirma que *"Como dice la STS de 14 de abril de 2011 (Recurso 1/2009) "La motivación de los actos administrativos, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo cuya reiteración excusa de cita expresa, cumple una doble finalidad, de un lado, da a conocer al destinatario de los mismos las razones, concretas y precisas aunque no sean exhaustivas, de la decisión administrativa adoptada, para que con tal conocimiento, la parte interesada pueda impugnar su contenido ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez --esta es la segunda finalidad--, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que justifican la misma, ex artículo 106.1 CE . El cumplimiento de esta exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, se salvaguarda mediante la severa*

consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo no motivado, en caso de incumplimiento. Ahora bien, este déficit de motivación puede ser un vicio invalidante como hemos señalado, o de mera irregularidad sin trascendencia para la validez del acto, en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Dicho de otra forma, debe atenderse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, pues sólo si se conocen pueden impugnarse ante esta jurisdicción. Se trata, en definitiva, de determinar si concurre la indefensión a que se refiere el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, cuya existencia es necesaria para incurrir en el vicio de invalidez que estipula el indicado precepto legal. Recordemos que el defecto de forma "solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados", según nos indica el citado artículo 63.2. (…)"

Aplicando la doctrina citada al caso concreto que nos ocupa, lo cierto es que pese a la insuficiente motivación recogida en la propuesta de adjudicación notificada a la reclamante, ésta ha podido comprender el concreto incumplimiento de las prescripciones técnicas apreciado en su propuesta, por cuanto lo cierto es que el segundo de los motivos de impugnación contenidos en el escrito de interposición de la reclamación formulada no hace sino combatir las concretas razones que para su exclusión se refieren en el acta de la Mesa de Contratación de fecha 28 de agosto de 2020. Circunstancia que determina que, en atención a lo razonado, no podamos apreciar la concurrencia de indefensión material, puesto que si con el acto impugnado se hubiera trasladado a la reclamante el acta de la mesa de contratación comprensiva de la motivación pormenorizada de su exclusión en nada hubiese variado la fundamentación de la reclamación interpuesta que, repetimos, combate, en cuanto, al fondo la decisión adoptada.

Abunda en lo anterior el hecho de que habiéndose señalado en el escrito de interposición de la reclamación que *"al no existir motivación alguna, a la luz de la documentación e informe que presente (d)el Concejo, formularemos las consideraciones a la misma y en su caso aportaremos prueba"*, no haya formulado

nuevas alegaciones a la vista del expediente remitido a este Tribunal por parte de la entidad contratante.

El motivo de impugnación ha de ser, pues, desestimado.

SEXTO.- Alega la reclamante, como segundo motivo de impugnación, que el incumplimiento de las prescripciones contenidas en el pliego regulador apreciado por la mesa de contratación en relación con su propuesta no es cierto, ni claro, ni impide ejecutar correctamente el contrato. Señala, al respecto, que en su propuesta *"en ningún momento indica que el material de relleno será de material distinto al autorizado"*, y que lo que sí se indica es que se utilizarán materiales reciclados de la planta de reciclaje Contena, pero con carácter provisional, aportándose una ficha general de los mismos; quedando, así, el material de relleno y otros elementos, sin definir hasta la fase de elaboración del proyecto definitivo.

Opone el órgano de contratación que en el procedimiento de licitación se ha considerado como esencial que sólo se vertieran materiales naturales; RDCs de Nivel I según la Orden MAM/304/2002, habiéndose exigido así en los pliegos reguladores, que contemplan como infracción muy grave el incumplimiento de las condiciones esenciales de ejecución del contrato, como el caso de los vertidos de materiales distintos a los exigidos en el pliego. Señala que no es viable hacer un vertido de materiales prohibidos y posteriormente retirarlos; indicando que la oferta de la reclamante no incurre en una omisión, sino que incumple expresa y claramente lo dispuesto en los pliegos a este respecto.

Asimismo, señala que en la reunión de 24 de agosto de 2020 el Presidente de la Mesa de Contratación comentó que había recibido una llamada de ERRI-BERRI donde le informaba que su intención era verter materiales de construcción (RCDs de los niveles II y III). Sin embargo, y pese a lo manifestado, en el acta correspondiente no se dejó constancia de este hecho. Asimismo, la entidad contratante aporta un informe emitido, con fecha 21 de septiembre de 2020, por el responsable del contrato donde señala que en la citada sesión de la mesa de contratación fue objeto de una consulta verbal respecto a la oferta presentada por la reclamante, y que a la vista de la misma "consideró y considera" que ésta no cumple los requisitos de los pliegos reguladores.

Expuestas las posiciones de las partes, considerando que el motivo de impugnación alegado versa sobre si resulta ajustada a la legalidad la exclusión de la oferta de la reclamante por incumplimiento de las características exigidas en relación con los tipos de materiales para realizar el vertido, este Tribunal debe, en primer término, verificar la concurrencia en la oferta de la adjudicataria del incumplimiento de prescripciones alegadas de contrario, para después, en su caso, valorar las consecuencias jurídicas derivadas del mismo; análisis que impone el examen de las previsiones contenidas en el pliego regulador sobre tales extremos.

Así, el documento denominado pliego de cláusulas económico administrativas señala en su cláusula primera que *"su objeto es la venta de suministros identificados en el pliego de prescripciones técnicas para la cobertura de la gravera y, de forma accesoria, obras de adecuación en la misma una vez cubierta toda la superficie según los parámetros del Gobierno de Navarra"*. Añadiendo en su cláusula segunda que *"El suministro que se verterá como relleno de la gravera está expresamente identificado en el pliego de prescripciones técnicas, así como la obra accesoria de recuperación (cobertura vegetal y arreglo caminos) de la Gravera situada en la parcela 194 subparcelas E, A y G del polígono 6 de Olaz Subiza (Cendea de Galar).*

(…)

El vertido/aportación de los materiales naturales de excavación detallados en el pliego de prescripciones técnicas, serán generados en las distintas actividades de la empresa como los recogidos en su ámbito territorial, conforme al alcance y condiciones técnicas recogidas en el presente pliego y en el pliego de prescripciones técnicas.

El suministro del material incluye la gestión, el transporte hasta la gravera, el depósito o vertido y el control y acciones consecuentes a evitar que se pueda acceder con otros vehículos a la zona.

El CPV principal del contrato es el 14212410 correspondiente al suministro de Tierra vegetal.

Los materiales de Relleno serán (según OMAM/304/2002) según la clasificación y descripción de los residuos de Construcción y Demolición (RCD) RCDs de Nivel I.- Identificados en el pliego de prescripciones técnicas, siendo estos exclusivamente los residuos generados por el desarrollo de las obras de infraestructura de ámbito local o supramunicipal contenidas en los diferentes planes de actuación urbanística o planes

de desarrollo de carácter regional, resultado de los excedentes de excavación de los movimientos de tierra generados en el transcurso de dichas obras.

Se trata, por tanto, de las tierras y materiales pétreos, no contaminados, procedentes de obras de excavación de Códigos LER siguientes:

17 05 04 Tierras y piedras distintas de las especificadas en el código 17 05 03.

17 05 06 Lodos de drenaje distintos de los especificados en el código 17 05 05.

17 05 08 Balasto de vías férreas distinto del especificado en el código 17 05 07

Los materiales suministrados son considerados un aspecto esencial del contrato (…)".

Por su parte, la cláusula octava regula la documentación a presentar, estableciendo como contenido del Sobre B la propuesta técnica *"según los criterios de adjudicación propuestos en este pliego debiendo cumplir con todo lo establecido en el Pliego de prescripciones técnicas"*. Criterios detallados en la cláusula novena que, en lo que a los criterios valorables sujetos a juicio de valor, establece que *"A.- PROPUESTA TÉCNICA (hasta 35 puntos)*

Se presentará una memoria desarrollada donde se detallarán los siguientes aspectos:

a) Equipo técnico que se adscribirá a la obra, indicando su titulación y años de ejercicio. Deberá de describirse la organización de técnicos y personal (sin indicar si son o no fijos o eventuales pues se valora en sobre C), de tiempo dedicado a estos trabajos, debiendo de aportarse curriculum vitae y trabajos realizados por cada uno con año importes y empresa contratada. Hasta 5 puntos.

b) Implantación de la obra y accesos. Afecciones (accesos a particulares, instalaciones, etc.) Valorándose el conocimiento de todo el procedimiento a seguir, las actuaciones a realizar, los accesos a efectuar y como se va a gestionar, el vallado propuesto, y las servidumbres y otros.

Hasta 15 puntos.

c) Proceso constructivo. Organización de maquinaria y medios propios adscritos. Conocimiento de la restauración a realizar. Descripción de las actuaciones. Plazo de Ejecución debiendo de describir las fases, maquinaria, tiempo previsto ejecución, trabajos previos, hasta la cubrición total según los criterios del Departamento de Medio Ambiente. Hasta 15 puntos

B.- PLANEAMIENTO DE RESTAURACIÓN. (Hasta 15 puntos)

Se presentara una memoria desarrollada donde se detallarán los siguientes aspectos:

a) Descripción y valoración de trabajos de restauración de la parcela tras la cobertura total (s)egún los criterios del Departamento de Medio Ambiente, así como el compromiso de elaboración de proyecto, solicitud/obtención de todas los permisos y autorizaciones pertinentes (licencia obras, autorizaciones ambientales y de ordenación del territorio), incluidas las de comunales, y ejecución a su cargo.

En dicha propuesta deberán de tenerse en cuenta Teniendo en cuenta la flora y fauna, trabajos previos, valore estético y medioambiental planteada, así como el acabado de trabajos, y recuperación.

Se valorara hasta 15 puntos".

A su vez, la cláusula duodécima tras señalar que en la valoración de la oferta técnica se podrá solicitar a los técnicos las consultas que se consideren oportunas, apunta que "*si la documentación contuviese defectos sustanciales o deficiencias no subsanables, se rechazará la proposición".*

Finalmente, la cláusula decimonovena establece un régimen de imposición de penalidades, contemplando como infracción muy grave el "*incumplimiento de las condiciones esenciales de ejecución del contrato".*

Respecto al pliego de prescripciones técnicas, la cláusula denominada "objeto del contrato", señala que "*Es objeto del contrato el suministro y obra accesoria de recuperación de la Gravera situada en la parcela 194 subparcelas E, A y G del polígono 6 de Olaz Subiza (Galar) mediante la RESTAURACIÓN de la misma que consistirá en el aporte de los materiales naturales de excavación detallados en este pliego, generados exclusivamente en trabajos de excavación, conforme al alcance y condiciones técnicas recogidas en el presente pliego de prescripciones técnicas.*
El suministro incluye la gestión, el transporte hasta la gravera y el depósito o vertido.
Los materiales de Relleno corresponderán única y exclusivamente a Residuos de Construcción y Demolición (RCD) de Nivel I según OMAM/304/2002. Se trata, por tanto, de las tierras y materiales pétreos, no contaminados, procedentes de obras de excavación de Códigos LER siguientes:
<u>17 05 04 Tierras y piedras</u> distintas de las especificadas en el código 17 05 03. 17 05 06

Lodos de drenaje distintos de los especificados en el código 17 05 05. 17 05 08
Balasto de vías férreas distinto del especificado en el código 17 05 07.
La restauración de la parcela se hará mediante el relleno del hueco con aportación de tierras procedentes de excavaciones, extendidas de forma que se garantice la evacuación natural de las aguas y se minimice el riesgo de erosión por escorrentía, el aporte de una capa final de al menos 50 cm de tierra vegetal y la posterior revegetación mediante hidrosiembra con especies herbáceas y arbustivas propias de la zona".
(…)
En la propuesta técnica se deberán de establecer las Fases y materiales admitidos en la restauración ambiental
a.) Previamente al aporte de las tierras, se procederá a la retirada (si lo hubiera) para su correcta gestión de basuras, escombros y que por sus características técnicas, no deba ser enterrado.
b.) Posteriormente, se rellenará el hueco con tierras limpias de excavación, extendiéndolas en tongadas de entre uno y dos metros, que serán extendidas, hasta alcanzar las cotas que proporcione al terreno un estado formal similar al existente anteriormente a la utilización como gravera.
Se admitirán en la restauración como material de relleno, única y exclusivamente, los materiales naturales excavados, esto es, suelos, tierra (vegetal o no) y/o piedra, procedentes de actividades de construcción, no contaminados por sustancias peligrosas, esto es, que no superen los NGR para otros usos establecidos en el Real Decreto 9/2005, para los compuestos orgánicos y los obtenidos en el estudio de NGR para metales en Navarra y siempre que no provengan de emplazamientos donde se haya ubicado una actividad potencialmente contaminante, tal y como se define en el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.
El promotor deberá garantizar que la restauración de la parcela se realizará utilizando exclusivamente los residuos de tierras de excavación indicados.
c.) Finalmente se procederá al aporte de una capa de tierra vegetal, libre de piedras escombros u otros restos, de al menos 50 cm, a la regularización de la superficie, a la hidrosiembra con especies herbáceas y plantación de arbustos propios de la zona.

d.) Para evitar nuevos vertidos incontrolados deberá cerrarse el acceso a la zona de la parcela restaurada mediante piedras, una cuneta o un caballón de suficiente tamaño que impidan el acceso rodado".

A continuación, la cláusula denominada "materiales" señala que "*Los materiales a utilizar en la recuperación de la parcela 194 del polígono catastral 6 corresponderán únicamente y exclusivamente a residuos de Construcción y Demolición (RCD) de Nivel I según OMAM/304/2002.*
Quedando expresamente prohibido el depósito de cualquier otro tipo de residuo en la parcela, ni si quiera con carácter temporal, siendo éste un aspecto esencial del contrato.
En consecuencia, no se admitirán los materiales no especificados como válidos ni cualquier tipo de material diferente a los especificados en el apartado anterior o que no haya sido autorizado por Medio Ambiente.
Queda prohibido, por tanto:
La utilización de la parcela como zona de acopio de materiales de construcción para su recuperación, ni siquiera de forma temporal.
Solo se admitirá el suministro y relleno única y exclusivamente de residuos RCDs de Nivel I. lo cual deberá de figurar en la documentación de solicitud de Autorización Ambiental ante la Administración.
Queda expresamente prohibido la introducción de residuos RCDs de los niveles II y III, ya que todos ellos deben ser entregados a centros específicos de tratamiento –gestor autorizado- y no podrán ser depositados para cubrir esta gravera.
Se considera un aspecto esencial del contrato".

A este respecto, resulta clarificador el informe, obrante en el expediente, emitido por el técnico responsable del contrato, sobre la identificación de los residuos (según OMAM/304/2002), que señala lo siguiente: "*Clasificación y descripción de los residuos: Se identifican dos categorías de Residuos de Construcción y Demolición (RCD)*
RCDs de Nivel I.-
Residuos generados por el desarrollo de las obras de infraestructura de ámbito local o supramunicipal contenidas en los diferentes planes de actuación urbanística o planes de desarrollo de carácter regional, siendo resultado de los excedentes de excavación de

los movimientos de tierra generados en el transcurso de dichas obras. Se trata, por tanto, de las tierras y materiales pétreos, no contaminados, procedentes de obras de excavación.

Códigos LER:

17 05 04 Tierras y piedras distintas de las especificadas en el código 17 05 03.

17 05 06 Lodos de drenaje distintos de los especificados en el código 17 05 05.

17 05 08 Balasto de vías férreas distinto del especificado en el código 17 05 07

RCDs de Nivel II.-

Residuos generados principalmente en las actividades propias del sector de la construcción, de la demolición, de la reparación domiciliaria y de la implantación de servicios. Son residuos no peligrosos que no experimentan transformaciones físicas, químicas o biológicas significativas. Los residuos inertes no son solubles ni combustibles, ni reaccionan física ni químicamente ni de ninguna otra manera, ni son biodegradables, ni afectan negativamente a otras materias con las que entran en contacto de forma que puedan dar lugar a contaminación del medio ambiente o perjudicar a la salud humana.

Se contemplan los residuos inertes procedentes de la obra de construcción y demolición. Tales residuos se corresponden con los derivados del proceso específico de la obra prevista sin tener en cuenta otros residuos derivados de los sistemas de envío, embalajes de materiales, etc. que dependerán de las condiciones de suministro y se contemplarán en el correspondiente Plan de Residuos de las Obra.

EN LA PRÁCTICA, VUESTRO PLANTEAMIENTO DE RECUPERACIÓN DE LA GRAVERA DEBERÁ ADMITIR ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE RCDs de Nivel I. Y, lógicamente, así deberá figurar en la documentación de solicitud de Autorización Ambiental ante la Administración. (…)"

Las cláusulas transcritas ponen de relieve varias cuestiones de especial relevancia para la resolución de la controversia planteada. Así, por un lado, señala específicamente que los materiales de relleno corresponderán única y exclusivamente a Residuos de Construcción y Demolición (RCD) de Nivel I según OMAM/304/2002 – y dentro de ellos, los correspondientes a los códigos identificativos expresamente indicados -; y por otro, prohíbe, expresamente, el depósito de cualquier otro tipo de residuo en la parcela, aún con carácter temporal. Llegando a calificar, por otro lado, esta previsión como un aspecto esencial del contrato.

Para una mejor comprensión de las previsiones en tal sentido contenidas en el pliego debemos verificar, conforme a la normativa a la que el mismo se remite en este aspecto, qué concretos tipos de residuos admite dicho documento contractual para realizar el relleno, pues sólo así podremos comprobar si los materiales incluidos en la propuesta de la reclamante cumplen tal exigencia; comparación que, incidimos en ello, resulta de determinante para la resolución de la cuestión planteada.

Así, la Orden MAM/304/2002, de 8 de febrero, por la que se publican las operaciones de valorización y eliminación de residuos y la lista europea de residuos, en su Anejo 2 incorpora la Lista europea de Residuos de conformidad con la letra a) del artículo 1 de la Directiva 75/442/CEE, sobre residuos, y con el apartado 4 del artículo 1 de la Directiva 91/689/CEE, sobre residuos peligrosos (aprobada por la Decisión 2000/532/CE, de la Comisión, de 3 de mayo, modificada por las Decisiones de la Comisión, 2001/118/CE, de 16 de enero, y 2001/119, de 22 de enero, y por la Decisión del Consejo, 2001/573, de 23 de julio), disponiendo, en su apartado B.4, en lo que ahora interesa, que *"Los residuos que aparecen en la lista señalados con un asterisco (*) se consideran residuos peligrosos de conformidad con la Directiva 91/689/CEE sobre residuos peligrosos a cuyas disposiciones están sujetos a menos que se aplique el apartado 5 del artículo 1 de esa Directiva",* contemplando en el Capítulo 17 Residuos de la construcción y demolición (incluida la tierra excavada de zonas contaminadas), dentro del epígrafe 17 05 Tierra (incluida la excavada de zonas contaminadas), piedras y lodos de drenaje, los siguientes:

"17 05 03 Tierra y piedras que contienen sustancias peligrosas.*
17 05 04 Tierra y piedras distintas de las especificadas en el código 17 05 03.
17 05 05 Lodos de drenaje que contienen sustancias peligrosas.*
17 05 06 Lodos de drenaje distintos de los especificados en el código 17 05 05.
17 05 07 Balasto de vías férreas que contienen sustancias peligrosas.*
17 05 08 Balasto de vías férreas distinto del especificado en el código 17 05 07".

En consecuencia, y conforme a lo dispuesto en los pliegos, los únicos materiales admitidos son de los correspondientes a los códigos citados aquellos que no tienen la consideración de peligrosos, es decir, tierra y piedras, lodos de drenaje y balastro de vías férreas, que no contengan sustancias peligrosas – por ser tales epígrafes

expresamente excluidos en la cláusula segunda del pliego de prescripciones técnicas -. Restando por comprobar qué materiales se indican en la oferta de la reclamante, en orden a verificar si se encuentran dentro de las categorías admitidas a que hemos referencia. Veámoslo.

Llegados a este punto, si examinamos la oferta técnica realizada por ERRI-BERRI (página 22, apartado correspondiente al "Proceso Constructivo"), comprobamos que se indica que se utilizará material reciclado para definir una cuadrícula de caminos provisionales en el interior de la gravera, así como que "*tanto para la restauración de caminos, como para la realización de caminos interiores y realización de drenajes Erri-Berri tiene prevista la utilización de materiales de reciclaje provenientes de la planta de RCDs Contena Recuperación"*, adjuntándose una ficha donde aparece el hormigón y el árido reciclado (material de origen: ladrillo, hormigón, cerámicos).

Pues bien, lo cierto es que en Anejo 2 de la Orden MAM/304/2002 el hormigón aparece identificado con el código 17 01 01, resultando así que no es uno de los materiales contemplado como permitido en los pliegos reguladores como residuos que pueden verterse a la gravera para la restauración de la parcela; estando, por tanto, conforme a lo expresamente indicado, prohibida su utilización.

Así las cosas, no podemos sino concluir que la propuesta de la reclamante incumple la prescripción del pliego relativa a los materiales a utilizar en el vertido pues propone la utilización de materiales no incluidos en los que de manera taxativa contempla el pliego como permitidos, no pudiéndose olvidar, al respecto, que dicho documento contractual no solo enumera los materiales permitidos sino que prohíbe la utilización de cualquier otro; sin que resulte relevante, a estos efectos, que la utilización de estos materiales reciclados se haga con carácter provisional, como afirma la reclamante, dado que, como se ha visto, el pliego técnico prohíbe el depósito de cualquier otro tipo de resido en la parcela, "*ni siquiera con carácter temporal*".

En consecuencia, de una labor comparativa entre las previsiones contenidas en los pliegos y la oferta de la reclamante en lo que a los materiales se refiere se advierte que la propuesta incumple este aspecto, restando por analizar las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan.

SÉPTIMO.- En relación con la exclusión de los licitadores como consecuencia del incumplimiento de los pliegos de prescripciones técnicas y de sus requisitos y límites, hemos puesto de manifiesto, entre otros, en nuestro Acuerdo 67/2020, de 17 de agosto, de este Tribunal, que *"Este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones – por todos, Acuerdo 101/2018, de 4 de octubre – que en la definición del objeto contractual juegan un papel relevante las prescripciones técnicas que tienen que regir la contratación, cuya finalidad es definir las características técnicas de la prestación necesarias para la correcta ejecución del contrato y, en consecuencia, necesarias para la satisfacción de la necesidad pública que, precisamente, justifica la contratación; determinación de los requisitos técnicos de la prestación donde el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad, sin que resulte admisible que las especificaciones técnicas en tal sentido determinadas en el pliego sean sustituidas a elección de los licitadores.*

De igual modo, señalamos la obligación legal impuesta a los licitadores de que sus proposiciones se ajusten al pliego regulador, también, como es obvio, en lo que a las prescripciones técnicas fijadas en el mismo se refiere. Obligación derivada de la naturaleza contractual del pliego que determina que la totalidad de sus cláusulas son vinculantes tanto para la entidad contratante como para las personas licitadoras; resultando, en consecuencia, que las prescripciones técnicas contenidas en el mismo son exigibles por el órgano de contratación y de obligada observancia por parte de los licitadores que concurran en el procedimiento de adjudicación correspondiente. Y ello en la medida en que de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones recogida en el artículo 53.1 LFCP, debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten a las prescripciones técnicas fijadas en el pliego por cuanto ellas configuran las características y condiciones de la prestación objeto del contrato.

Así pues, la presentación de las proposiciones implica igualmente la aceptación de las prescripciones técnicas del pliego, por lo que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de las mismas en la medida en que en ellas se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato. Consecuentemente, caso de no hacerlo así, como pone de relieve el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales en su Resolución 823/2018, de 24 de septiembre, resultará obligado el rechazo o exclusión de la oferta por mucho que no se haya previsto explícitamente así en los pliegos de aplicación. Siempre, eso sí, que la

contravención o inobservancia de las condiciones técnicas de que se trate tenga la envergadura suficiente para justificar un decisión de tal relevancia; toda vez que como indicamos en nuestro reciente Acuerdo 63/2020, de 3 de agosto, no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato, debiéndose tratar de un incumplimiento expreso y claro, referido a elementos objetivos, perfectamente definidos en las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

(…)

Llegados a este punto, debemos advertir, como hicimos en nuestro Acuerdo 3/2020, de 21 de enero, que entre las prescripciones técnicas, puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la Administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto, de donde las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta una cuestión insubsanable; pudiendo haber otras prescripciones que, de acuerdo con lo que se haya establecido en el Pliego, tengan la consideración de susceptibles de variación en función de las mejoras o variantes que ofrezca el licitador, siempre que las mejoras o variantes hayan sido admitidas en la licitación."

Igualmente, en nuestro Acuerdo 2/2019, de 21 de enero, señalamos que "*las prescripciones técnicas previstas en los pliegos reguladores, que son aceptadas incondicionalmente como parte del contrato por los licitadores cuando formulan sus ofertas, constituyen instrucciones de carácter técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación del contrato; siendo, por tanto, requisitos que las ofertas de los licitadores han de cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, de forma que apreciado un incumplimiento de tales condiciones resulta obligada la exclusión del licitador del procedimiento, toda vez que otra solución - tal y como pone de relieve la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, Sala*

Sexta, de 29 de abril de 2004 (asunto C-496 -99) - resultaría contraria a los principios de igualdad de trato y transparencia que deben imperar en la contratación pública".

Debemos reiterar, asimismo, como hicimos en nuestro Acuerdo 2/2019, de 21 de enero, que el examen del cumplimiento de las prescripciones técnicas incorpora un juicio técnico por parte del órgano de contratación, al que la LFCP atribuye la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato y, por tanto, de los pliegos con objeto de satisfacer el interés general al que sirve; juicio técnico que, entrando dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa, limita las facultades de su revisión por parte de Tribunal a sus aspectos formales y a la apreciación de error en el mismo, tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias 207/2018, de 26 de noviembre: *"(…) Ante el cariz de las cuestiones objeto de controversia, este Tribunal entiende que la determinación de si el equipamiento objeto del suministro ofertado por GE cumple o no con las exigencias del PPT que rigen la licitación, constituye una apreciación de estricto orden técnico, de competencia del órgano de contratación, de modo tal que la decisión sobre si hay o no cumplimiento se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otro que los contenidos en el informe técnico, y en cuya materia, por razones obvias de no estar ante una cuestión propiamente jurídicas, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Al tratarse de una cuestión puramente técnica, el Tribunal no puede corregirlo aplicando criterios jurídicos, limitándose su análisis a los aspectos formales de la valoración (competencia, procedimiento, no aplicación de criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que no se haya incurrido en error material al efectuarla). Este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio que no sea el ofrecido por el órgano de contratación, en base a los informes técnicos emitidos, de los que se presume su veracidad y rigor técnico (…)."*

Aplicando la doctrina citada al supuesto concreto que nos ocupa, ha de partirse de que ninguna duda interpretativa cabe apreciar en el tenor literal de los pliegos reguladores de la contratación a la que se contrae la reclamación interpuesta, sobre el carácter imperativo de las previsiones relativas al tipo de residuos admisibles, puesto que con claridad meridiana indica la cláusula relativa a los materiales que queda "*expresamente prohibido el depósito de cualquier otro tipo de residuo en la parcela, ni*

si quiera con carácter temporal”. Los términos del pliego no admiten modulación alguna sobre este extremo, por lo que una oferta que no se ajuste a tales exigencias no puede ser admitida so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato, en perjuicio de aquellas que sí pudieran ajustarse a tales exigencias.

Así, verificado el incumplimiento de tal extremo en la oferta de la reclamante, que propone la realización del vertido con materiales distintos a los autorizados, debemos concluir que se aprecia un incumplimiento expreso y claro de la exigencia relativa al tipo de materiales de relleno que pueden utilizarse. Incumplimiento que afecta a una condición de obligada observancia por parte de los licitadores, calificada por los pliegos como aspecto esencial del contrato, que pone de relieve que la oferta se opone abiertamente a las prescripciones del pliego en lo que a este aspecto concreto se refiere, y que, en atención a ello, impide la adecuada ejecución del objeto del contrato. Motivo por el cual procede confirmar la legalidad del acto de exclusión impugnado y, por ende, desestimar el motivo de impugnación en tal sentido alegado.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don F. A. L., en nombre y representación de CONSTRUCCIONES Y EXCAVACIONES ERRI-BERRI, S.L., frente a la propuesta de adjudicación de 7 de septiembre de 2020 por la que se excluye a dicha mercantil del procedimiento de licitación del contrato de “*Suministro y restauración posterior de gravera*” tramitado por el Concejo de Olaz Subiza.

2º. Notificar este acuerdo don F. A. L., en calidad de representante de CONSTRUCCIONES Y EXCAVACIONES ERRI-BERRI, S.L., al Concejo de Olaz Subiza, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 15 de octubre de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.