



Roj: **STSJ NA 793/2015 - ECLI:ES:TSJNA:2015:793**

Id Cendoj: **31201330012015100313**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2015**

Nº de Recurso: **366/2013**

Nº de Resolución: **409/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAQUEL HERMELA REYES MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 000409/2015

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE,

D. FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA

MAGISTRADOS,

Dª. MARIA JESUS AZCONA LABIANO

Dª. RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ

En Pamplona a dieciséis de diciembre de dos mil quince.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, constituida por los Ilustrísimos Señores Magistrados expresados, **ha visto los autos del recurso contencioso-administrativo nº 366/2013** interpuesto contra el Acuerdo Nº 8/2013, de 31 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por el que se desestima la reclamación presentada por la mercantil CONSENUR S.L. contra el acuerdo de exclusión de su oferta adoptado por la Mesa de Contratación designada en el procedimiento de licitación OB10/2012 del Acuerdo Marco relativo a la Gestión de los residuos sanitarios grupo 3 (Recogida y tratamiento) generados en los centros dependientes del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea para el año 2013, y contra la resolución 479/2013, de 16 abril, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la que se selecciona al proveedor del citado Acuerdo Marco. Siendo partes como **demandante la mercantil CONSENUR S.L.**, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Ana María Echarte Vidal y defendida por el Letrado D. Carlos Melón Pardo, y como demandado **EL SERVICIO NAVARRO DE SALUD-OSASUNBIDEA**, representado y defendido por el Asesor Jurídico- Letrado de la Comunidad Foral de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso contencioso-administrativo y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando que se dictase sentencia estimatoria de sus pretensiones.

SEGUNDO .- El Abogado de la parte demandada contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia desestimatoria por la que se confirmase el acto recurrido.

TERCERO .- Por auto que consta en el procedimiento se acordó el recibimiento a prueba del recurso, con el resultado obrante en autos.

CUARTO .- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera así se verificó, como obra en autos, teniendo lugar el día 02-12-2015.



Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Resolución recurrida, alegaciones y pretensiones de las partes.

A través de este recurso contencioso-administrativo se impugna el Acuerdo N^o 8/2013, de 31 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por el que se desestima la reclamación presentada por la mercantil CONSENUR S.L. contra el acuerdo de exclusión de su oferta adoptado por la Mesa de Contratación designada en el procedimiento de licitación OB10/2012 del Acuerdo Marco relativo a la Gestión de los residuos sanitarios grupo 3 (Recogida y tratamiento) generados en los centros dependientes del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea para el año 2013, y contra la resolución 479/2013, de 16 abril, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la que se selecciona al proveedor del citado Acuerdo Marco. Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra que señala en su parte dispositiva:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública presentada por la mercantil "CONSENUR S.L." contra el acuerdo de exclusión de su oferta adoptado por la Mesa de Contratación designada en el procedimiento de licitación OB10/2012 del Acuerdo Marco relativo a la Gestión de los residuos sanitarios grupo 3 (Recogida y tratamiento) generados en los centros dependientes del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea para el año 2013.

2º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública presentada por la mercantil "CONSENUR S.L." contra la resolución 479/2013, de 16 abril, del Director Gerente del servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la que se selecciona al proveedor del citado Acuerdo Marco.

La parte actora alega, en síntesis, los siguientes motivos de impugnación:

1º.- Disconformidad a Derecho de la exclusión de la oferta presentada por CONSENUR, toda vez que la oferta de la demandante se ajusta plenamente a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, que establece que es el productor de residuos el que debe etiquetarlos. Por ello la demandante en su oferta técnica señalaba que suministraba los contenedores y las etiquetas de códigos de barras específicas para cada centro, que serían colocadas por el personal del Centro.

Aunque el pliego de cláusulas administrativas establece que el contratista suministra los contenedores ya etiquetados, ésta es una previsión contraria a la Ley.

El Acuerdo Marco no puede interpretarse en el sentido de que el gestor de los residuos está obligado a etiquetarlos: el etiquetado de los contenedores no es una prestación contractual más. Tiene que interpretarse en el sentido de que es el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y no el gestor de los residuos el obligado a etiquetar los contenedores: así lo demuestra la práctica contractual del servicio de gestión de residuos como se ve en los pliegos de contratación de diferentes Servicios de Salud de otras Comunidades Autónomas.

La demandante cumplió el Pliego suministrando los contenedores y las etiquetas, por lo que el acuerdo de exclusión es anulable. En consecuencia, la empresa demandante debe ser admitida al proceso de contratación y valorar si su oferta es la más ventajosa y, en caso de ser así, se le debe indemnizar en concepto de daño emergente por los gastos realizados para preparar la oferta y en concepto de lucro cesante con el 6% del beneficio industrial.

En trámite de conclusiones añade que otra de las licitadoras, Cespa Gestión de Residuos S.A. también presentó en su oferta el suministro de contenedores y el suministro de etiquetas por separado, y esta oferta sí fue aceptada, dando un trato distinto a dos licitadores.

Por ello, solicita que se estime el recurso contencioso administrativo interpuesto y en consecuencia se declare la disconformidad a Derecho del acuerdo recurrido, así como los actos administrativos que el mismo confirma, se condene al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea a admitir la oferta presentada por CONSENUR en el procedimiento de adjudicación del Acuerdo Marco, y a valorar dicha oferta. Asimismo, se condene al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea a abonar a CONSENUR, para el caso de que la oferta presentada por esta sociedad en el procedimiento de adjudicación del Acuerdo Marco resulte la oferta económicamente más ventajosa, la indemnización que se determine de acuerdo con las bases de cálculo fijadas en el fundamento de derecho segundo de la demanda. Todo ello, con imposición de costas al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.



El Letrado del Gobierno de Navarra se opone a la demanda alegando en primer lugar la falta de legitimación pasiva del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos, conforme al art. 21.3 de la LJCA .

En cuanto al fondo, se remite a los fundamentos de la resolución recurrida. La exclusión de la oferta de CONSENUR S.L. del proceso de licitación se basa en su incumplimiento de lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares respecto a la obligatoriedad de la empresa seleccionada de proporcionar a cada centro los contenedores debidamente etiquetados, destacando que los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas Particulares se consideran la ley del contrato y la presentación de proposiciones supone su aceptación incondicionada por parte de la empresa. Como la oferta no es conforme a la previsión que el Pliego de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas Particulares establece respecto al etiquetado de los contenedores a suministrar, su exclusión de la licitación por la Mesa de Contratación es obligada en Derecho.

Las determinaciones del Pliego son plenamente compatibles con el art. 18.3 de la Ley 22/2011, de 28 julio , de residuos y suelos contaminados, puesto que siendo el productor de los residuos quien está obligado, entre otros, a etiquetar los residuos en el lugar de producción antes de su recogida y transporte, la forma, la organización o la designación concreta de quien haya de correr con la materialización concreta de tal actividad no se determina en la Ley. La obligación legal de etiquetarlos concierne sin duda al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, que asumiría las resultas de un incorrecto cumplimiento de la misma. Pero la materialización física de tal obligación se traslada en obligación contractual, al adjudicatario, que responderá ante el Organismo Autónomo por la incorrecta cumplimentación (en su caso) de sus deberes derivados del Pliego.

Son irrelevantes las alegaciones referidas a Cespa Gestión de Residuos S.A. porque no resultó adjudicataria y en nada afecta a la posición de la demandante.

Por ello, solicita que se declare la falta de legitimación pasiva del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos y, subsidiariamente, se desestime la demanda por ser conforme a Derecho los actos administrativos impugnados.

SEGUNDO .- Sobre la legitimación pasiva del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos y del Servicio Navarro de Salud -Osasunbidea.

El Letrado del Gobierno de Navarra alega la falta de legitimación pasiva del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos, conforme al art. 21.3 de la LJCA que establece que: *"En los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49"*.

Pues bien, la parte actora en su demanda señala, en cuanto a la legitimación pasiva, que corresponde al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, ya que es la Administración Pública que ha tramitado el procedimiento de adjudicación del Acuerdo Marco, aplicando igualmente el art. 21.3 de la LJCA .

Por tanto, conforme al precepto citado, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos representado aquí por el Asesor Jurídico no se considera parte demandada; no obstante lo cual no puede inadmitirse el recurso contencioso administrativo por falta de legitimación pasiva, efectuando una interpretación restrictiva de las causas de inadmisibilidad y conforme al principio *pro actione*, porque la parte actora fijó en su demanda correctamente que la legitimación pasiva la ostentaba el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, y el Letrado de Gobierno de Navarra ha realizado la defensa jurídica de la resolución recurrida y del Acuerdo Marco.

TERCERO .- Sobre la conformidad a Derecho de la exclusión de la oferta de CONSENUR S.L. adoptada por la Mesa de Contratación.

La Mesa de Contratación adoptó el día 27 de marzo de 2013 el acuerdo de excluir a la empresa demandante del procedimiento de contratación por su incumplimiento de lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares respecto a la obligatoriedad de la empresa seleccionada de proporcionar a cada centro los contenedores debidamente etiquetados.

El art. 22 del Pliego de Prescripciones Técnicas dispone que: *"la empresa seleccionada deberá proporcionar a cada centro contenedores rígidos, etiquetados según la normativa de residuos y según la normativa de transporte de mercancías peligrosas por carretera..."*. Tal como señala la resolución recurrida, ello supone que el Acuerdo Marco que el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea licitó, denominado "Gestión de los residuos sanitarios grupo 3 (Recogida y tratamiento) generados en los centros dependientes del Servicio Navarro de



Salud-Osasunbidea para el año 2013", comprendía no sólo la gestión propiamente dicha de los residuos, sino también ciertas prestaciones accesorias, entre las que se encuentra la del etiquetado de los contenedores.

La parte actora, que entiende que esta cláusula es contraria al art. 18.3 de la Ley 22/2011, de 28 julio , de residuos y suelos contaminados, admite que no impugnó el pliego de Prescripciones Técnicas, que en todo caso no puede ser contrario a la Ley.

En este punto cabe recordar que el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares constituyen una verdadera ley contractual y así puede citarse, entre tantas otras, la STS, Sec. 7ª, 25/6/2012, RC 1790/2009 , en la que puede leerse que: *"Como hemos dicho en las Sentencias de 18 de julio de 2008 (casación 3527/2006) y 13 de marzo de 2008 (casación 3405/2005) , los Pliegos Particulares constituyen una verdadera ley contractual, ya que en ellos se articulan las cláusulas constitutivas de las obligaciones y derechos de las partes que ofrecen para estas carácter de Ley"*. En el mismo sentido, STS, Sec. 7ª, 3/11/2011, RC 841/2008 .

En la Sentencia de esta Sala de 28 de octubre de 2014, Rec N° 486/2011 , se hace referencia a la STS de fecha 28-6- 2004 en la que se establece: *"El referido conjunto de motivos viene a reiterar en casación lo que en la demanda de la instancia figuraban como «Irregularidades en los Pliego», que no pueden ser acogidas con base en la doctrina de esta Sala que considera que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación. Y, dejando al margen otras consideraciones, esto es lo que ha de entenderse que viene a señalar la sentencia recurrida, en su fundamento jurídico segundo, al afirmar que los motivos del recurso referidos a la preparación del contrato administrativo constituyen alegaciones del actor extemporáneas e intrascendentes.*

Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, en sentencia de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8158), puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico.

En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación.

La perplejidad de la Sala de instancia se refiere a la extrañeza que produce el que se pongan reparos de legalidad a la figura misma del contrato o al contenido de las cláusulas por quien había pretendido su adjudicación. Y éste debía entender que al no impugnar el Pliego se convertiría en Ley del contrato siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales de esta Sala (sentencias de 4 de abril de 1961 [RJ 1961, 1909], 31 de marzo de 1975 [RJ 1975, 2385], 20 de enero de 1977 , 23 de junio de 2003 [RJ 2003, 4413], 16 de enero y 18 de mayo de 2004 [RJ 2004, 3517] entre otras); Pliego para el que, además, resulta aplicable el principio de libertad de pactos con los límites establecidos en el artículo 4 LCAP ."

Por lo tanto, se decía en nuestra sentencia antes referida, que: *"dada su naturaleza, los motivos atinentes a los Pliegos deben invocarse con ocasión de la articulación en tiempo y forma de las reclamaciones contra ellos (También STJ Navarra de fecha 26-6-2003 Rc 220/2001); e incluso tratándose de motivos de nulidad de pleno Derecho deben articularse a través de una acción de nulidad (no como pretenden los demandados al margen de todo plazo para articular una reclamación ordinaria; no es esta la interpretación que deriva de la Jurisprudencia) y a salvo, en todo caso, los principios de buena fe y seguridad jurídica apreciables en el caso concreto.*

Pero es que, en cualquier caso, en el presente caso no se han apreciado causas de nulidad de pleno Derecho (como erróneamente pretende la parte demandada) puesto que tales motivos de nulidad de pleno derecho son los recogidos en el artículo 126.2 LFCP: esto es, ha de entenderse que las causas de nulidad de Derecho administrativo se limitan a las contempladas en el artículo 62.1 LRJyPAC, la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, la carencia o insuficiencia de crédito y hallarse incurso en causa de exclusión de la licitación; y en ninguna de esas causas es inculible los cuestionados motivos.

Y es que la vulneración del principio de transparencia (o la vulneración del artículo 56 LFCP) -artículo 126.3 LFCP- no constituye causa de nulidad de pleno Derecho".



Sentado lo anterior, en este caso, cabe destacar que la parte actora no impugnó en su momento el pliego de Prescripciones Técnicas, quedando vinculada por el mismo. Su oferta no se ajusta a lo previsto en el art. 22 del pliego antes referido, ya que la oferta presentada por CONSEUR S.L. indica que *"el servicio para el suministro de los envases será de forma conjunta con la recogida, optimizando el transporte. Se entregarán en el punto del centro sanitario convenido las cantidades, colores y tamaños que se necesiten de los diferentes tipos de envases ofertado. Se asignaran un mínimo de dos contenedores gran volumen a cada centro de recogida. Asimismo, se entregarán las distintas etiquetas de código de barras específicas para cada centro y que una vez colocadas por el personal del Centro servirán para el control y pesaje tanto en el centro con el equipo que porta el vehículo, la llegada del residuo a la planta de tratamiento"*.

Esta cláusula no es nula de pleno derecho porque no incurre en ninguna de las causas de nulidad establecidas en el art. 62.1 de la LRJPAC ni en el art. 126.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos y tampoco es contraria al art. 18.3 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, que establece que *"el productor u otro poseedor inicial de residuos está obligado a almacenar, envasar y etiquetar los residuos peligrosos en el lugar de producción antes de su recogida y transporte con arreglo a las normas aplicables"*, toda vez que la Ley 22/2011 no impide que el Servicio Navarro de Salud Osasunbidea, como productor de residuos, realice el etiquetado con su propio personal o mediante la contratación externa, encargándolo a la empresa contratista, siendo ésta la opción establecida en el Pliego de Prescripciones Técnicas y ello no supone desplazar la responsabilidad a la empresa contratista de gestión de residuos, de hecho, esa atribución de responsabilidad a la empresa contratista no se desprende en ningún caso de la cláusula debatida. Incluso, el Letrado del Gobierno de Navarra alega que la obligación legal de etiquetarlos concierne sin duda al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, que asumiría las resultas de un incorrecto cumplimiento de la misma. Pero la materialización física de tal obligación se traslada en obligación contractual, al adjudicatario, que responderá ante el Organismo Autónomo por la incorrecta cumplimentación (en su caso) de sus deberes derivados del Pliego.

En definitiva, la exclusión de la demandante del proceso de contratación al no presentar su oferta en los términos establecidos en el art. 22 del Pliego de Prescripciones Técnicas es conforme a Derecho.

Siendo correcta la exclusión de la demandante del proceso de contratación, no procede analizar si es conforme al Ordenamiento Jurídico la resolución 479/2013, de 16 de abril, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la que se selecciona al proveedor del citado Acuerdo Marco porque en ningún caso sería seleccionada la demandante.

Por todo lo expuesto, debe desestimarse la demanda al ser la resolución recurrida conforme al Ordenamiento Jurídico.

CUARTO .- Costas Procesales.

En cuanto a las costas, conforme al art. 139. 1. de la LJCA *"En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho"*.

Dada la desestimación íntegra de la demanda y sin que se aprecie que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, procede imponer las costas causadas a la parte demandante.

En nombre de Su Majestad El Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del Pueblo Español nos confiere la Constitución, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha adoptado el siguiente

FALLO

Que debemos desestimar como desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana María Echarte Vidal, en nombre y representación de la mercantil CONSEUR S.L., contra el Acuerdo N^o 8/2013, de 31 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por el que se desestima la reclamación presentada por la mercantil CONSEUR S.L. contra el acuerdo de exclusión de su oferta adoptado por la Mesa de Contratación designada en el procedimiento de licitación OB10/2012 del Acuerdo Marco relativo a la Gestión de los residuos sanitarios grupo 3 (Recogida y tratamiento) generados en los centros dependientes del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea para el año 2013, y contra la resolución 479/2013, de 16 de abril, del Director Gerente del servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la que se selecciona al proveedor del citado Acuerdo Marco, declarando la resolución recurrida conforme al Ordenamiento Jurídico. Todo ello, con imposición de las costas causadas al recurrente.



Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, y contra la que no cabe recurso alguno, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ