



Recurso nº 422/2013

Resolución nº 417/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 26 de septiembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D.F.S.S.L. en nombre y representación de CASLI, S.A. contra el pliego de prescripciones técnicas aprobado por la Jefatura de la Sección Económico Administrativa 15 de la Agrupación del Cuartel General del Ejército del Aire para regir el contrato de suministro “Adquisición de equipos de climatización portátiles” (expediente número 4 15 00 13 0146 00 2013A146), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El día 6 de mayo de 2013 por la Jefatura de la Sección Económico Administrativa 15 de la Agrupación del Cuartel General del Ejército del Aire se ordenó el inicio del expediente para la contratación del suministro “Adquisición de equipos de climatización portátiles”, expediente número 4 15 00 13 0146 00 (2013A146).

Segundo. El 24 de Junio de 2013 el Jefe de la Sección Económico Administrativa 15 aprobó el expediente de contratación y los pliegos rectores del contrato, abriéndose a continuación el procedimiento de selección del contratista.

Tercero. La publicación del anuncio de licitación tuvo lugar en la Plataforma de Contratación del Estado el 27 de junio de 2013 y en el BOE el 6 de julio de 2013. Los pliegos se publicaron en el perfil de contratante el 27 de junio aunque actualmente no es posible acceder a los mismos.

Cuarto. En cuanto al contenido del pliego de prescripciones técnicas, en su Anexo I, relativo a los requisitos técnicos del climatizador y del calefactor se establecen requisitos muy específicos en algunos casos. Así se señala en dicho documento que las máquinas

vendrán equipadas con un compresor rotativo Copeland tipo ZR 81, de manera que sea intercambiable con unidades de climatización propiedad del Ejército del Aire. También se indica que vendrán equipados con un ventilador evaporador de 2 velocidades de alto rendimiento, indicando unas dimensiones y pesos concretos. Igualmente, se menciona la necesidad de que cuente con un depósito de combustible interior (no externo), con una cámara de combustión ACERINOX de gran robustez con un grosor de 1,25 milímetros, y se exigen también dimensiones y pesos, rango de temperaturas, capacidades del depósito, volumen y flujo de aire tratado específicos.

Quinto. El recurrente considera que todas estas circunstancias no responden a criterios objetivos, por lo que presenta anuncio de recurso al órgano de contratación, con fecha de registro 6 de agosto de 2013.

Sexto. El órgano de contratación remite al Tribunal el expediente de contratación, junto con su informe el día 12 de agosto de 2013. En dicho informe el órgano de contratación expone que el recurso es extemporáneo pues han transcurrido más de quince días entre la publicación del anuncio de licitación (6 de julio) y la presentación del anuncio del recurso (6 de agosto). Igualmente expone que el citado Anexo se ha elaborado siguiendo criterios técnicos objetivos para definir los parámetros de los equipos a contratar, dada la diversidad de características que reúnen la variedad de equipos disponibles en el mercado y las prestaciones que deben cumplir los que se van a adquirir, toda vez que irán destinados a climatizar las tiendas que utilizan los miembros del Ejército del Aire en las operaciones en el exterior, con climas extremos en donde las temperaturas pueden llegar a situarse entre -20° C y +50° C.

Indica igualmente que *“una vez recibido en esta SEA 15 el informe técnico, se acuerda modificar la aprobación el Expediente de Contratación (incluido el Pliego de Prescripciones Técnicas y Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), solicitando a la mesa de contratación permanente para el CGEA Y MAPER que publique la rectificación de los pliegos en el perfil del contratante y se inicie un nuevo plazo de licitación.”*

Séptimo. En el expediente de contratación consta una resolución de modificación del pliego de prescripciones técnicas de 8 de agosto de 2013 en la que se señala que se detecta un error en el pliego de prescripciones técnicas cuando hace referencia a determinadas marcas, al contravenir lo dispuesto en el artículo 117.8 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. A la vista de ello se solicita un informe del órgano técnico competente en el que se propone modificar el pliego de modo que donde se mencione una determinada fabricación se acompañe la mención “*o equivalente*”. Visto ese informe se acuerda la modificación del pliego y se ordena la publicación de la modificación en el perfil del contratante y en el BOE, iniciando un nuevo plazo de licitación. El órgano de contratación no ha remitido la acreditación de este hecho pero, consultada la Plataforma de Contratación del Estado, consta publicada la rectificación con fecha 9 de agosto de 2013.

Octavo. Solicitada la suspensión del procedimiento de contratación en virtud de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, el Tribunal la acordó mediante resolución de fecha 14 de agosto de 2013.

Noveno. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las restantes empresas licitadoras en fecha 26 de agosto de 2013 otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que conviniesen a su derecho, sin que ninguna de ellas haya evacuado este trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en relación con el 59.2 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto de Contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

Segundo. La empresa recurrente está legitimada para recurrir los pliegos de conformidad con el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. En lo que hace a la recurribilidad del acto, estamos en presencia de un contrato que, por su cuantía, está sujeto a regulación armonizada. Por lo tanto, es susceptible de

recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 59.1 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad en relación con el artículo 40.2 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. En cuanto al plazo de interposición del recurso ha de recordarse que el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece:

"Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.

El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de 105 licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley".

Interpretando este precepto, este Tribunal ha señalado, por ejemplo, en la Resolución nº 24/2012 que en aquellos casos en que el acceso a los pliegos se realiza por medios electrónicos, y no consta otra cosa en el presente caso, el *dies a quo* para el cómputo del plazo para recurrir será el día siguiente a aquél en que, como límite, pudieron presentarse las ofertas, salvo que hubiera constancia de que se hubiera accedido a los pliegos en fecha anterior. Así, en la resolución 228/2011, este Tribunal señaló:

"Así lo declara este Tribunal en la resolución antes mencionada (Resolución 139/2011) al decir que, ante la imposibilidad de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por

medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cual comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos”.

A la misma solución se llegaría si considerásemos que la publicación en el perfil no se produjo, porque como hemos visto no parece que se pueda tener acceso a los mismos a día de hoy. La fecha que habría que tener en cuenta como momento inicial sería la del fin del plazo para presentar las proposiciones, única segura en que el recurrente conoció los pliegos. En efecto, en este caso, no sería posible saber cuál es la fecha de recepción de los pliegos por el ahora recurrente (ni tampoco que haya existido solicitud de acceso por parte) y, en consecuencia, no es posible acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual el licitador ha obtenido los pliegos, por lo que la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cual comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos.

En el caso que nos ocupa, el plazo para la presentación de ofertas finalizó el día 8 de agosto de 2013, de forma que el recurso, que tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el día 6 de agosto de 2013, fue interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto, la recurrente es sumamente imprecisa en su pretensión de reforma de los pliegos. En el Suplico de su recurso expone que deben ser objeto de corrección varias cuestiones como las relacionadas con la marca y modelo del compresor, número de velocidades del ventilador-evaporador, ubicación y tamaño del depósito de combustible, descripción de la cámara de combustión, medidas y peso de los equipos, flujos de aire y rangos de temperatura. Esta petición engloba supuestos muy heterogéneos que iremos analizando por separado.

Sexto. La primera cuestión es la referente a las marcas y modelos de los productos o de sus componentes. En este punto el órgano de contratación admite la vulneración del

artículo 117.8 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y publica en la plataforma de contratación la rectificación del anexo I del pliego de prescripciones técnicas. En esta rectificación ya no se contienen referencias a marcas concretas sin acompañar la expresión o su equivalente.

El artículo 117.8 del TRLCSP establece que *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente».”*

Sobre esta cuestión este Tribunal ha declarado, por ejemplo en la resolución 17/2012 que *“El análisis del precepto transcrito nos debe permitir adoptar criterio respecto de las alegaciones formuladas por las partes. Ante todo es necesario aclarar que su finalidad no es otra que evitar la posibilidad de que la decisión de adjudicación que deba adoptar el órgano de contratación quede prejuzgada por la propia definición de las especificaciones técnicas de la prestación. Y ello, con el objeto de evitar que mediante esta técnica queden injustificadamente excluidos de los procedimientos de licitación algunos licitadores.*

Como consecuencia de ello, la referencia a alguno de los supuestos indicados en el artículo en cuestión sólo es posible cuando no quepa hacer una descripción adecuada de la prestación utilizando los medios a que se refieren sus apartados 3 y 4, es decir, aplicando sistemas de referencias técnicas elaborados por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales. Además, en el caso de que así sea, deberá hacerse constar la expresión “o equivalente”, con el objeto de permitir presentar ofertas de productos que puedan satisfacer de igual forma las necesidades que mediante el contrato pretende satisfacer el órgano de contratación.”

A mayor abundamiento, debe recordarse que el Reino de España fue objeto de un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1993) que declaró no conforme con la normativa comunitaria la redacción originaria del artículo 244 del Reglamento General de Contratación del Estado, en cuanto que el citado precepto sólo exigía la mención “o equivalente” en los casos de indicaciones de marcas, licencias o tipos, mientras que el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 77/62 (hoy art. 23.8 Directiva 2004/18/CE) exige dicha mención también en los casos en que las especificaciones técnicas se refieran a productos de una fabricación o de una procedencia determinada, exigencia ésta contemplada expresamente en el artículo 117.8 TRLCSP antes citado.

El órgano de contratación no discute la existencia del vicio denunciado en el recurso. Sin embargo, ha procedido a su subsanación con respecto a las siguientes cuestiones:

- Necesidad de que los equipos empleen un refrigerante del tipo R 134a o “equivalente”.
- Necesidad de que los equipos dispongan de un compresor rotativo Copeland tipo ZR 81 o “equivalente”, de manera que sea intercambiable con unidades de climatización propiedad del Ejército del Aire.
- En su recurso, en este punto, CASLI manifiesta también su desacuerdo con la necesidad de que los equipos cuenten con una cámara de combustión ACERINOX de gran robustez con un grosor de 1,25 milímetros. Pues bien, el pliego ahora menciona la necesidad de que los calefactores cuenten con una cámara de combustión de acero inoxidable de gran robustez (Grosor 1,25mm.).

Por lo tanto, la Administración recurrida ha subsanado los defectos denunciados en punto a la determinación de marcas, modelos o fabricaciones específicas, por lo que el recurso habría quedado sin objeto en este punto. Ahora bien, la referencia que se hace en cuanto al un compresor rotativo Copeland tipo ZR 81 o “equivalente”, de manera que sea intercambiable con unidades de climatización propiedad del Ejército del Aire, no puede entenderse de tal manera que vede el acceso a la licitación a los suministradores de

equipos equivalentes si por su propia naturaleza el equipo en cuestión del que ya dispone el ejército no admite el intercambio con otros equivalentes. Esta circunstancia no puede ser conocida por este Tribunal. De hecho, si los equipos del Ejército del Aire no admitieran el intercambio con otros equipos equivalentes la modificación realizada sería estéril y se estaría restringiendo la posibilidad de concurrir a licitadores que ofertaran equipos equivalentes.

Séptimo. El recurso denuncia también que en el Pliego de Prescripciones Técnicas se indican unas dimensiones y pesos concretos, que no obedecen a criterios objetivos. En este punto, sin embargo, no se explica por el recurrente el porqué de su afirmación, de modo que resulta imposible para este Tribunal declarar si los mencionados pesos y medidas responden o no a criterios objetivos, tal como afirma el órgano de contratación. No obstante, el contenido del propio Anexo I parece indicar cuál es la razón de que se hayan escogido esas condiciones concretas. Así, se señala en el Anexo I al Pliego de Prescripciones Técnicas que *“Los equipos de climatización estarán diseñados y contruidos para garantizar prestaciones óptimas bajo condiciones de climatología extrema. Presentarán una gran capacidad de enfriamiento y gran caudal de salida de aire. Serán apilables verticalmente con bloqueo en cada ángulo, con anclajes para elevación. Dispondrá de ruedas incorporadas amovibles para facilitar el transporte y asas plegables para desplazar el equipo de forma sencilla. Su estructura estará fabricada en aluminio de manera que se garantice el menor peso posible para así facilitar y abaratar los gastos de logística.”* En cuanto a los enfriadores se dispone que *“Los calefactores serán móviles a fuel-oil con chimenea para calentar grandes superficies de forma rápida y eficiente y con un diseño que nos asegura un gran rendimiento, manejo sencillo y de extrema seguridad. Estarán equipados con ruedas y asas de agarre para facilitar su movimiento. Funcionaran con combustible multi-fuel”*

Pues bien, las características de dimensiones y pesos pueden muy bien responder a estas características de movilidad, manejabilidad y logística para las que deben estar diseñados los equipos. La misma conclusión puede alcanzarse respecto de las otras cuestiones que plantea el recurrente, tales como la necesidad de un depósito de combustible interior, (por las temperaturas extremas en que deben manejarse los

equipos), capacidad del depósito, volumen y flujo de aire tratado. En este punto, la recurrente se limita a exponer la ausencia de criterios objetivos en la selección de estos parámetros, pero sin aportar argumento o prueba alguna de ello. Por tanto, debe mantenerse el principio de que corresponde al órgano de contratación la definición de los criterios técnicos del producto a suministrar, siempre que estos criterios sean objetivos y razonables. No consta acreditado lo contrario en el presente caso.

Por tanto, no existe infracción del principio de igualdad y no discriminación ni de las reglas de libre concurrencia en este punto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D.F.S.S.L. en nombre y representación de CASLI, S.A. contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato de adquisición de equipos de climatización portátiles, expediente número 4 15 00 13 0146 00 (2013A146) en lo referente a la mención de marcas y modelos concretos en el pliego de prescripciones técnicas, por falta de objeto del recurso al haber sido corregidas por el órgano de contratación las prescripciones afectadas incluyendo la expresión “o equivalente”.

Segundo. Desestimarlos, por los razonamientos expuestos en el fundamento séptimo, en cuanto a las restantes pretensiones.

Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Cuarto. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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