



Recursos nº 989/2017 C.A. Principado de Asturias nº55

Resolución nº 1093/2017

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 17 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso especial interpuesto por D. J.F.F., en nombre y representación de NEA F3 MASTER, S.L., contra el anuncio de licitación y el pliego de prescripciones técnicas del “Acuerdo Marco de asistencia informática, reprografía y tecnologías de la información” del Ayuntamiento de Ribadesella (Principado de Asturias), con nº Expte. CON/2017/5, el Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Pleno del Ayuntamiento de Ribadesella, el 8 de marzo de 2017, acordó la iniciación del expediente de contratación referido al “Acuerdo Marco de asistencia informática, reprografía y tecnologías de la información”, con 5 lotes y un valor estimado de 514.668,43 €, procediendo a su envío al DOUE y poniendo en marcha una fase previa a la redacción de los pliegos consistente en consultas preliminares del mercado.

Segundo. El procedimiento de adjudicación ha seguido los trámites que para los contratos de suministros sujetos a regulación armonizada contempla el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. Con fecha 2 de junio de 2017, se realizó una segunda consulta al mercado, mediante su publicación en la Plataforma de Contratación del Estado y envío de varios



correos electrónicos a empresas del sector, incluida la ahora recurrente. Recibidas las aclaraciones hechas por los operadores económicos, se procedió por el órgano de contratación a la aprobación de los pliegos, tanto el de cláusulas administrativas particulares (PCAP) como el de prescripciones técnicas (PPT).

Cuarto. Aprobados los pliegos, la licitación fue enviada para su publicación en el DOUE y así fue publicada en dicho medio oficial el 2 de septiembre de 2017. El 4 de septiembre de 2017 se dieron publicidad a los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público y del mismo modo, se procedió a la publicación oficial en el BOE nº 215 de 7 de septiembre de 2017.

Quinto. Con entrada en una oficina de correos el día 22 de septiembre de 2017, la representación de la mercantil NEA F3 MASTER, S.L. anunció y formalizó ante el órgano de contratación –el Ayuntamiento de Ribadesella- el recurso especial en materia de contratación contra el anuncio del referido Acuerdo Marco y contra una de las cláusulas del PPT.

Sexto. El Ayuntamiento de Ribadesella, ha remitido a este Tribunal copia íntegra del expediente tramitado junto con un informe suscrito por la Alcaldesa, datado el 26 de septiembre de 2017, en el que viene a instar: primero, la inadmisión del recurso por extemporáneo y, segundo, su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), así como en la Resolución de 3 de octubre de 2013, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales (BOE 28-octubre-2013).



Segundo. Nos encontramos ante un acuerdo marco que establece las condiciones de los futuros contratos de suministro, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación de conformidad con el artículo 40.1, a) del TRLCSP y además, se impugna una de las cláusulas del pliego de prescripciones técnicas, por lo que es susceptible de revisión ex artículo 40.2, a) del mismo cuerpo legal.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto por persona jurídica legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una entidad potencial licitadora, cuyos derechos e intereses legítimos pueden verse afectados por la aplicación de los pliegos reguladores del acuerdo marco y de los contratos basados en el mismo.

Cuarto. La formalización del recurso se ha de interponer dentro del plazo legalmente establecido y dado que el órgano de contratación solicita su inadmisión por extemporáneo hemos de entrar a analizar este requisito procedimental.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP:

“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel 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 aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley. (...)

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”.



Por su parte, el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RTACRC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (BOE de 25 de septiembre), se refiere específicamente al plazo de interposición de recurso contra el anuncio de licitación y contra el contenido de los pliegos, en los términos siguientes:

“1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio.

2. 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 aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido...”

En este caso, la publicación de la convocatoria en el DOUE era preceptiva, por tratarse de un Acuerdo marco de suministros (varios lotes) sujeto a regulación armonizada. Por tanto, el momento inicial en el cómputo del plazo para recurrir contra los pliegos, es el del día siguiente al de la publicación del anuncio en el DOUE, el 2 de septiembre de 2017. En el anuncio se indicaba que la documentación se podía obtener en la sede electrónica, <https://contrataciondelestado.es> y, así los pliegos se publicaron en la referida Plataforma de Contratación del Sector Público desde el día 4 de septiembre de 2017.

Por ende, el *dies a quo* comenzó el 4 de septiembre y la finalización de los quince días hábiles (artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) finalizó, *dies ad quem*, en el 25 de septiembre de 2017, pues el día 8 de septiembre fue fiesta en Asturias. Obra en el expediente que el recurso fue presentado en una oficina de Correos de Oviedo el mismo día 22 de septiembre, por lo que el recurso se interpuso dentro de plazo.



Quinto. En concreto, la representación de la empresa NEA F3 MASTER, S.L. se centra en la vulneración de los pliegos rectores del Acuerdo Marco y de los contratos derivados por parte del órgano de contratación, pues a su juicio, existe una cláusula en el PPT, en concreto la 2.2, que describe las características de rendimiento y escaneado que ha de ofrecer la fotocopiadora multifuncional de blanco y negro A3 y, a su juicio, sólo existe un fabricante que esté en disposición de ofrecer un equipo multifuncional con dichas características – velocidad de impresión 20 páginas por minuto-. Por ello, considera que se está vulnerando el artículo 117 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

En consecuencia, suplica que se declare la nulidad de esta cláusula del PPT y que se dé una nueva redacción de los pliegos que permita que no se vea perjudicada la libre concurrencia de las empresas.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe remitido a este Tribunal suscrito el 26 de septiembre de 2017 por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Ribadesella, además de instar la inadmisión del recurso por extemporáneo (cuestión que ha sido analizada anteriormente) viene a pedir la desestimación del recurso, al reputar que no existe una restricción de la concurrencia competitiva y que además, el procedimiento fue preparado, con carácter previo a la aprobación de los pliegos, por una fase de consultas al mercado, de las que se hizo partícipe a la propia empresa impugnante, quien no realizó ninguna alegación.

Cierra su escrito, solicitando la desestimación del recurso especial pues a su juicio, la recurrente no ha acreditado que lo afirmado en su escrito de impugnación se corresponda con la realidad. *“Es decir, la inexistencia de máquinas en el mercado que puedan imprimir en blanco y negro a una velocidad igual o superior a 20 páginas por minuto y escanear a 110 imágenes por minuto en simple y a 160 imágenes por minuto en dúplex”.*

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes y de forma previa al análisis de las cláusulas del PCAP del Acuerdo Marco para la selección de suministradores para la asistencia informática, reprografía y tecnologías de la información, hemos de definir los contornos jurídicos de la figura que nos ocupa.



Comencemos por la vigente y pendiente de transposición Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, sobre los Acuerdos Marco dispone cuanto sigue:

- Considerando (60): *“El instrumento de los acuerdos marco ha sido ampliamente utilizado y se considera una técnica de contratación eficiente en toda Europa. Por lo tanto, debe mantenerse a grandes rasgos en su estado actual. No obstante, es preciso aclarar algunos aspectos, en particular que los acuerdos marco no deben ser utilizados por poderes adjudicadores que no sean reconocidos en dicho instrumento. A tal efecto, los poderes adjudicadores que desde el principio sean partes en un acuerdo marco específico deben indicarse claramente, por su nombre o por otros medios, por ejemplo haciendo referencia a una determinada categoría de poderes adjudicadores dentro de una zona geográfica claramente delimitada, de modo que los poderes adjudicadores de que se trate puedan ser reconocidos fácilmente y sin equívocos. Asimismo, un acuerdo marco no debe estar abierto a la entrada de nuevos operadores económicos una vez que haya sido celebrado. Ello implica, por ejemplo, que cuando una central de compras utilice un registro general de los poderes adjudicadores o de sus diferentes categorías, como las autoridades locales en una determinada zona geográfica, que estén capacitados para recurrir a los acuerdos marco que ella celebre, dicha central de compras debe actuar de tal manera que permita verificar no solo la identidad del poder adjudicador de que se trate, sino también la fecha a partir de la cual este adquiere el derecho de recurrir al acuerdo marco celebrado por ella, ya que dicha fecha determina cuáles son los acuerdos marco específicos que el poder adjudicador en cuestión está autorizado a utilizar”.*

- Considerando (61): *“Las condiciones objetivas para determinar cuáles de los operadores económicos que son partes en el acuerdo marco han de llevar a cabo un determinado cometido, como la realización de suministros o servicios destinados a ser utilizados por personas físicas, pueden, en el contexto de acuerdos marco que establezcan todas las condiciones, incluir las necesidades o la elección de las personas físicas de que se trate.*



Los poderes adjudicadores deben gozar de más flexibilidad en la contratación realizada con arreglo a acuerdos marco que se hayan celebrado con más de un operador económico y que establezcan todas las condiciones.

En estos casos, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a obtener obras, suministros o servicios específicos cubiertos por el acuerdo marco, bien exigiéndolos de uno de los operadores económicos, determinado con arreglo a criterios objetivos y en las condiciones que ya se hayan establecido, bien adjudicando un contrato específico para las obras, suministros o servicios de que se trate tras una «mini-licitación» entre los operadores económicos que sean partes en el acuerdo marco. Para garantizar la transparencia y la igualdad de trato, los poderes adjudicadores deben indicar en los pliegos de la contratación para el acuerdo marco los criterios objetivos que regirán la elección entre estos dos métodos de ejecutar el acuerdo marco. Estos criterios podrían guardar relación, por ejemplo, con la cantidad, el valor o las características de las obras, suministros o servicios de que se trate, así como con la necesidad de un grado superior de servicio o un mayor nivel de seguridad, o con la evolución de los niveles de los precios en comparación con un índice de precios previamente determinado. No se debe recurrir a los acuerdos marco de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. Los poderes adjudicadores no están obligados, con arreglo a la presente Directiva, a contratar obras, suministros o servicios que estén cubiertos por un acuerdo marco, en virtud de dicho acuerdo marco".

- Considerando (62): "Asimismo cabe aclarar que mientras que los contratos basados en un acuerdo marco se adjudican antes del final de la validez del propio acuerdo marco, no es necesario que la duración de los contratos individuales basados en un acuerdo marco coincida con la duración de dicho acuerdo marco, sino que puede ser más corto o largo, como proceda. En particular, se debe autorizar a establecer la duración de contratos individuales basados en un acuerdo marco teniendo en cuenta factores como el tiempo necesario para su ejecución, por ejemplo, cuando se incluya el mantenimiento del equipo con una duración de vida esperada mayor de cuatro años o cuando sea precisa una amplia formación del personal que ejecute el contrato.



También es necesario aclarar que pueden existir casos excepcionales en que se autorice una duración de los propios acuerdos marco superior a cuatro años. Dichos casos, debidamente justificados, en particular por el objeto del acuerdo marco, pueden darse, por ejemplo, cuando los operadores económicos necesiten disponer de equipos para los que el período de amortización sea superior a cuatro años y que deban estar disponibles en cualquier momento durante toda la duración del contrato marco".

- Artículo 33: Acuerdos marco (dentro del Capítulo II, sobre *Técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada*): *“Los poderes adjudicadores podrán celebrar acuerdos marco, a condición de que apliquen los procedimientos previstos en la presente Directiva. Por «acuerdo marco» se entenderá un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuya finalidad es establecer los términos que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas. La duración de un acuerdo marco no superará los cuatro años, salvo en casos excepcionales debidamente justificados, en particular por el objeto del acuerdo marco.*

Los contratos basados en un acuerdo marco se adjudicarán con arreglo a los procedimientos establecidos en el presente apartado y en los apartados 3 y 4. Estos procedimientos solo serán aplicables entre los poderes adjudicadores claramente identificados al efecto en la convocatoria de licitación o la invitación a confirmar el interés y los operadores económicos que fueran partes en el acuerdo marco celebrado. Los contratos basados en un acuerdo marco no podrán en ningún caso introducir modificaciones sustanciales en los términos establecidos en dicho acuerdo marco, en particular en el supuesto al que se hace referencia en el apartado 3.

Cuando se celebre un acuerdo marco con un único operador económico, los contratos basados en este acuerdo marco se adjudicarán con arreglo a los términos establecidos en el mismo. Para la adjudicación de estos contratos, los poderes adjudicadores podrán



consultar por escrito al operador económico que sea parte en el acuerdo marco, pidiéndole que complete su oferta en la medida en que sea necesario.

Cuando se celebre un acuerdo marco con varios operadores económicos, ese acuerdo marco se ejecutará de una de las maneras siguientes:

a) de acuerdo con las condiciones del acuerdo marco, sin convocar una nueva licitación, cuando en él se establezcan todas las condiciones aplicables a la realización de las obras, los servicios y los suministros de que se trate y las condiciones objetivas para determinar cuál de los operadores económicos, parte en el acuerdo marco, deberá ejecutarlos; estas últimas condiciones se indicarán en los pliegos de la contratación del acuerdo marco;

b) cuando el acuerdo marco establezca todas las condiciones aplicables a la realización de las obras, los servicios y los suministros de que se trate, en parte sin convocatoria de nueva licitación conforme a lo dispuesto en la letra a), y en parte con convocatoria de nueva licitación entre los operadores económicos parte en el acuerdo marco conforme a lo dispuesto en la letra c), siempre que los poderes adjudicadores hayan estipulado esta posibilidad en los pliegos de la contratación del acuerdo marco. La decisión de adquirir determinadas obras, suministros o servicios tras la convocatoria de una nueva licitación o directamente según los términos del acuerdo marco se adoptará con arreglo a unos criterios objetivos que se establecerán en los pliegos de la contratación del acuerdo marco. Dicha documentación de la contratación especificará también qué términos podrán quedar sujetos a la convocatoria de una nueva licitación. Las posibilidades previstas en el párrafo primero de la presente letra también se aplicarán a cualquier lote de un acuerdo marco para el que se hayan establecido todas las condiciones aplicables a la realización de las obras, los servicios y los suministros de que se trate, independientemente de se hayan establecido o no todas las condiciones aplicables a la realización de las obras, los servicios y los suministros de que se trate en el marco de otros lotes;



c) cuando en el acuerdo marco no estén establecidos todas las condiciones aplicables a la realización de las obras, los servicios y los suministros, mediante la convocatoria de una nueva licitación entre los operadores económicos partes en el acuerdo marco.

Las licitaciones mencionadas en el apartado 4, letras b) y c), se basarán en los mismos términos que la adjudicación del acuerdo marco, precisándolos si fuera necesario, y, cuando proceda, en otros términos indicados en los pliegos de la contratación del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:

a) para cada contrato que haya que adjudicar, los poderes adjudicadores consultarán por escrito a todos los operadores económicos que sean capaces de ejecutar el contrato;

b) los poderes adjudicadores fijarán un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico teniendo en cuenta factores como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta;

c) las ofertas se presentarán por escrito y su contenido no se hará público hasta que expire el plazo previsto para responder a la convocatoria;

d) los poderes adjudicadores adjudicarán cada contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en los pliegos de la contratación del acuerdo marco".

En el presente supuesto nos hallamos ante un Acuerdo Marco cuyos pliegos rectores han de salvaguardar los principios de igualdad, no discriminación y concurrencia competitiva de tal suerte que sus cláusulas no pueden introducir requisitos y/o criterios restrictivos de éstos o que impliquen prácticas dirigidas a falsear o restringir la libertad de competencia entre las empresas del sector. Así lo exige el vigente artículo 196 del TRLCSP y de *lege ferenda* el artículo 219 del Proyecto de LCSP¹ con los imperativos siguientes: "*siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada*".

¹ Proyecto de Ley aprobado definitivamente por el Congreso de los Diputados en la sesión plenaria de 19-10-2017 y publicado en el B.O. Cortes Generales-Congreso de los Diputados Serie A nº 2-8 de 26-10-2017.



Bajo la preceptividad de los pliegos rectores del procedimiento hemos de acudir a las cláusulas del PPT del Acuerdo Marco con el fin de analizar, si en efecto, la alegación vertida por la mercantil impugnante goza de viabilidad jurídica, esto es, si en concreto, las prescripciones técnicas exigidas nos conducen a reducir el campo de selección de las empresas implicando una restricción no amparada por las normas y principios rectores de la contratación del sector público, con vulneración del vigente artículo 117 del TRLCSP.

La cláusula en controversia, la 2.2 del PPT literalmente reza así:

“2.2. PRESTACIONES MÍNIMAS A CUMPLIR POR LA FOTOCOPIADORA MULTIFUNCIONAL BLANCO Y NEGRO A3.

Velocidad de impresión B/N: 20 páginas por minuto.

Memoria: Estándar: 2GB.

Unidad de disco duro: 250 GB.

Dúplex: Sí

ESCANER:

Escáner doble car de una sola pasada.

Velocidad de escaneo: 110 (simple)/ 160 (dúplex) originales por minuto.

Velocidad del escáner (mono/color) 160 ppm.

Resolución del escáner: 600 x 600 ppp.

OCR

Lista de digitalización certificada.

La mercantil que ha formalizado el recurso estima que en lo que concierne a la velocidad de la impresión B/N de 20 páginas por minuto y en la velocidad del escaneo, 110 (simple)



y 160 (dúplex) originales por minuto, únicamente dicha fotocopiadora multifuncional puede ser suministrada por una sola empresa, por lo que con la definición de dichas características técnicas se está restringiendo la concurrencia competitiva.

No obstante, y dado que los criterios de configuración técnica son de libre disposición y configuración por los órganos de contratación en virtud del vigente artículo 117 del TRLCSP, lo cierto es que, el Ayuntamiento de Ribadesella además contra argumenta en dos líneas: la primera, la participación de la empresa en la fase de consultas preliminares del mercado y la segunda, la falta de contundencia y de prueba de la alegación vertida de contrario. Cuestiones que pasamos a analizar seguidamente.

Séptimo. En este sentido, hemos de centrarnos en el valor que ha de darse a las consultas preliminares del mercado, reseñado por el órgano de contratación y advirtiendo que la mercantil impugnante fue consultada y no realizó ningún reparo al respecto.

La Directiva 2014/24/UE recoge en su articulado una práctica administrativa denominada *Request for information* (RFI), consistente en la solicitud de información o consultas preliminares a realizar con los operadores económicos, si bien, su artículo 40 lo aconseja de forma potestativa bajo la fórmula “podrán”, esto es, que los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a la preparación de la contratación y podrán informar a los operadores económicos sobre los planes y requisitos de la contratación.

Las consultas preliminares del mercado pueden definirse como “el conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben para la realización de estudios y evaluaciones del mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios, principalmente en entornos en los que las prestaciones contratadas son particularmente complejas”.

Con ello lo que se pretende es alcanzar una planificación máxima en materia de contratación del sector público, de forma general apartándose de la motivación de la necesidad del objeto contractual *ad casum*.



Este proceso de planificación en la contratación del sector público a nivel europeo se proyecta en dos ámbitos:

- a) El material, dirigido a determinar las necesidades públicas que se hayan de satisfacer durante un período más o menos amplio, que podría coincidir con el ejercicio presupuestario.
- b) El formal, necesario para aprobar los instrumentos documentales en los que se especificarán las condiciones jurídicas y técnicas de las prestaciones con el fin de asegurar la existencia de fondos económicos con los que afrontar los pagos derivados de las relaciones contractuales.

A este respecto, la norma comunitaria no hace sino positivizar las prácticas europeas que preconizan su establecimiento con carácter general en el ámbito de las relaciones contractuales públicas y privadas como método adecuado para favorecer la eficiencia en la gestión de los recursos.

El ejemplo de esta planificación mediante las consultas preliminares del mercado se halla en el artículo 2.302 del Proyecto de Código Contractual Privado Europeo, en el Plan de acción sobre un Derecho Europeo de los contratos más coherente hecho por la Comisión Europea en enero de 2003, y en el *Draft Common of Reference de 2008*.

Este precepto goza de los efectos directos, en los términos definidos por la JCCA en la Recomendación de 16-3-2016 (BOE 17-3-2016), a pesar de que se formula de manera potestativa para los poderes adjudicadores y de esta forma, la Directiva 2014/24/UE en el artículo 40, con carácter previo a la iniciación de los procedimientos de contratación, posibilita para que los poderes adjudicadores puedan realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos para contratar.

En cuanto al efecto directo de la Directiva 2014/24/UE los Tribunales especiales en materia de contratación administrativa en un documento común consensuado con fecha 1-3-2016 se han decantado por el referido efecto puesto que a su juicio, el precepto es claro, preciso e incondicionado para los Estados, ya que el carácter potestativo de la



consulta no se refiere a los Estados miembros en su función de transposición de la Directiva sino a los poderes adjudicadores que son los que podrán en consecuencia, acudir a esta técnica para planificar adecuadamente la licitación.

La finalidad expuesta en la norma es doble: primero, consultar y segundo, informar a los operadores económicos.

Para tal fin los instrumentos puestos a disposición de los poderes adjudicadores son:

- Solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado
- Utilizar la información obtenida en la planificación y desarrollo del procedimiento de contratación.
- Siempre que, dicho asesoramiento no tenga por efecto, falsear la competencia ni genere vulneraciones de los principios de igualdad, no discriminación y transparencia rectores de los procedimientos de contratación administrativa.
- Las limitaciones del uso de tales medios de consultas preliminares la propia Directiva 2014/24/UE los expone a renglón seguido en el artículo 41 al regular la forma de participación previa de los candidatos o licitadores. Y así la práctica de las consultas previas del mercado tiene los siguientes límites:
 - No puede implicar la introducción de fórmulas conducentes a falsear la libre competencia, de esta forma cuando un candidato o licitador o una empresa vinculada haya asesorado al poder adjudicador sea o no en el marco del anterior comentado artículo 40, o haya participado de algún modo en la preparación del procedimiento de contratación, el poder adjudicador ha de adoptar las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador “*no falsee la competencia*”.
 - Comunicación a los demás candidatos: entre las medidas adecuadas para garantizar la concurrencia, se obliga a comunicar a los demás candidatos y licitadores la información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la



fase de preparación del procedimiento de contratación, además del establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas.

- Exclusión del candidato consultado: solo podrá ser excluido cuando no haya otro medio de garantizar la igualdad de trato en el seno del procedimiento de contratación administrativa. Si bien, con carácter previo a decretar dicha exclusión, se ha de dar audiencia al interesado con el fin de que demuestre que su participación en la fase previa de preparación del procedimiento no falsea la competencia.

La transposición de estas normas comunitarias de la Directiva 2014/24/UE se encuentra referida en el Proyecto de la LCSP dentro del Capítulo I “De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas” del Título I del Libro Segundo “De los contratos de las Administraciones Públicas” y en particular, en el artículo 115 rector de las llamadas “consultas preliminares del mercado”. Los aspectos más significativos de esta importante novedad en nuestro ordenamiento jurídico son:

1ª. Potestad de los órganos de contratación para realizar dichas consultas: se les faculta para realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos.

2ª. Finalidad: el fin de estas consultas es la de preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos sobre sus planes y sobre los requisitos que se exigirán para concurrir al procedimiento.

3ª. Medios: para alcanzar tales fines la norma otorga como medios al órgano de contratación, el asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, representantes sectoriales e incluso, si bien con carácter excepcional, los operadores económicos en el mercado.

4ª. Generalidad: a dichas actuaciones, consultas y/o petición de asesoramiento la norma impone que en la medida de lo posible se les dé difusión por Internet a los efectos de que puedan tener acceso y la posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados.



5ª. Planificación de la licitación: el asesoramiento obtenido podrá ser utilizado por el órgano de contratación con el fin de planificar el procedimiento de licitación y también, durante su instrucción, con la misma limitación anteriormente prevista, esto es, que no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de igualdad, no discriminación y transparencia.

Las limitaciones legales a esta potestad de que van a gozar los órganos de contratación al amparo del Proyecto de la LCSP en su artículo 115 amen, de no falsear ni restringir la libertad de competencia y la concurrencia competitiva, se centran en la propia forma de realizar las consultas, pues éstas no podrán contener un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados.

Además, el resultado de los estudios y consultas, debe concretarse en la introducción de:

- características generales,
- exigencias generales, y
- fórmulas abstractas

Todo ello supeditado a dar una mejor satisfacción de los intereses públicos sin que en ningún caso, puedan comportar ventajas respecto de la adjudicación del contrato para las empresas que han participado en dicha fase de consultas previas y/o asesoramiento.

El resultado de las consultas previas se ha de documentar por el órgano de contratación mediante la emisión de un informe en el que se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones formuladas y las respuestas dadas. Este informe ha de formar parte del expediente de contratación.

Por último, esta norma y acogiendo la tesis del Dictamen del Consejo de Estado de 10-3-2016 emitido con ocasión de la consulta sobre el anteproyecto de la LCSP, exige que la Administración no pueda relevar a los participantes en el proceso las soluciones propuestas por los otros intervinientes, de tal suerte que las soluciones aportadas solo



puedan ser conocidas íntegramente por aquélla que las pondera y las incorporará en su caso, a la hora de definir el objeto del contrato.

En conclusión, la puesta en marcha por el órgano de contratación de una fase previa de consultas preliminares del mercado, antes de la aprobación de los pliegos, siendo incluso consultada la empresa recurrente, se encauza dentro de dichos límites y no implica una actuación contraria a los principios esenciales de igualdad y no discriminación que han de regir la contratación administrativa (artículos 1 y 139 del vigente TRLCSP).

Octavo. Por último, hemos de recordar que es al órgano de contratación, y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlos, esto es, el diseño de las prescripciones técnicas (artículos 22.1 y 117 del TRLCSP).

En la Resolución nº 250/2015, de 23 de marzo, citando la Resolución nº 756/2014, ambas traídas a colación en la reciente nº 823/2017, de 22 de septiembre decíamos que:

“Pues bien, debe tenerse presente (...) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP.

Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (Resolución 756/2014, de 15 de octubre)”.

Tal y como ya expusimos en nuestra Resolución nº 281/2017 de 17 de marzo en reclamación 153/20172, por referencia a la anterior Resolución nº 391/2016: *“el establecimiento de requisitos técnicos en la contratación pública es uno de los puntos que*



mayor estudio y análisis ha merecido por parte de las instituciones europeas y españolas para garantizar el principio de transparencia e igualdad de trato de todos los licitadores, pues puede ocurrir que en ocasiones la propia forma en que se describen las exigencias técnicas del contrato pueden situar en una posición de ventaja a unos licitadores frente a otros”, de forma que “cuando esa posición de ventaja no se encuentra justificada o resulta desproporcionada al objetivo que pretende lograrse con el contrato, la cláusula podrá ser declarada nula”.

Así, entendemos que en la concreción de las especificaciones técnicas del suministro de la fotocopiadora multifuncional - la velocidad de la impresión B/N de 20 páginas por minuto y la velocidad del escaneo, 110 (simple) y 160 (dúplex) originales por minuto-, se deriva de las necesidades del órgano de contratación, que viene amparada en razones de índole técnica, sin que se haya probado que el establecimiento de dichas exigencias técnicas restrinja a uno sólo el rango de los posibles licitadores, y sin que pueda calificarse de caprichosa o arbitraria ni contraria al vigente artículo 117.2 del TRLCSP.

El Tribunal no entiende que la configuración técnica de la fotocopiadora multifuncional esté imponiendo restricciones no tolerables a la libre competencia, pues se trata de una mera afirmación subjetiva de la recurrente, -que no fue puesta de manifiesto en la fase de consultas preliminares del mercado-, por lo que su recurso carece de viabilidad jurídica, procediendo a confirmar la legalidad de la cláusula 2.2 del PPT revisada en el presente recurso especial.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso presentado por D. J.F.F., en nombre y representación de NEA F3 MASTER, S.L., contra el anuncio de licitación y el pliego de prescripciones técnicas del “Acuerdo Marco de asistencia informática, reprografía y tecnologías de la información” del Ayuntamiento de Ribadesella, con nº Expte. CON/2017/5, por considerar que la cláusula impugnada es ajustada a Derecho.



Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, 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 ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.