



Recurso nº 973/2018 Ciudad de Ceuta 9/2018

Resolución nº 992/2018

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

En Madrid, a 02 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. I. M. Ch. G., en representación de ELSAMEX, S.A., contra el acuerdo del órgano de contratación de exclusión en el procedimiento de adjudicación convocado para el *“Suministro e instalación de luminarias para el incremento del rendimiento energético del alumbrado público del distrito número 9 de la Ciudad Autónoma de Ceuta”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 7 de marzo de 2018 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación por el que se convoca el procedimiento abierto para la contratación del suministro e instalación de luminarias para el incremento del rendimiento energético del alumbrado público del distrito número 9 de la Ciudad Autónoma de Ceuta por parte de su Consejería de Economía y Hacienda. El 8 de marzo de 2018 se publica en el Boletín Oficial del Estado y el 13 de marzo, en el Boletín Oficial de la Ciudad de Ceuta. En los anuncios figura como entidad adjudicadora la Ciudad Autónoma de Ceuta, si bien la dependencia que tramita el expediente es PROCESA, Sociedad de Desarrollo, S.A.

Segundo. El plazo límite de presentación de ofertas, finalizó el 11 de abril de 2018, habiéndose presentado 9 empresas.

Tercero. El 20 de abril de 2018 se celebra la mesa de contratación para proceder a la apertura del sobre nº 1 (documentación administrativa) que incluye el Formulario Normalizado del Documento Europeo Único de Contratación, sustitutivo de la documentación administrativa. Se acredita por la mesa que todas las empresas presentan correctamente la documentación solicitada.



El 7 de mayo de 2018 se constituye la mesa de contratación para la apertura del sobre nº 2, que contenía la documentación técnica relacionada con el criterio de adjudicación nº 2 (mejoras) dándose lectura a las mismas.

El 18 de mayo de 2018 se constituye la mesa de contratación para dar cuenta de la valoración de las mejoras aportadas por las empresas para, a continuación, proceder a dar lectura de la oferta económica. La mesa acuerda por unanimidad, que estando las ofertas económicas de las empresas ELSAMEX, S.A. e INGENALIUM, S.L., en presunta desproporcionalidad se inicie el procedimiento de verificación contradictoria establecido en el artículo 152 del TRLCSP.

Cuarto. Tras recibir las alegaciones de las empresas y el informe técnico sobre la oferta económica, el 9 de julio de 2018 la mesa de contratación propone la adjudicación a favor de la empresa ELSAMEX, S.A.

Con fecha 12 de julio de 2018 se requiere a la empresa ELSAMEX, S.A., para que en el plazo de diez días hábiles contados a partir del siguiente al de la recepción del requerimiento, aporte la documentación a la que se refiere el artículo 151 del TRLCSP, estableciéndose que de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado se entenderá que ha retirado su oferta. ELSAMEX, S.A., presenta la documentación en el plazo indicado.

Quinto. Tras el estudio de la citada documentación, se emite informe con fecha 27 de julio de 2018 respecto al cumplimiento de la solvencia técnica requerida, establecida en el artículo 77.1 apartado e) del TRLCSP: "Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante." En el informe se considera que la oferta de ELSAMEX, S.A., no cumple con las exigencias establecidas en el pliego de cláusulas administrativas para la justificación de la solvencia técnica, al no haber coincidencia entre las luminarias ofertadas y las establecidas en el pliego de prescripciones técnicas.



El 2 de agosto de 2018 la Consejera de Economía, Hacienda, Administración Pública y Empleo resuelve excluir del procedimiento a la empresa ELSAMEX, S.A., al no cumplir con la solvencia técnica exigida para la presente contratación.

En cuanto a la notificación a la empresa del acuerdo de exclusión consta el justificante de salida en el registro de PROCESA con fecha 23 de agosto de 2018, así como el recibí de la empresa recurrente, el 29 de agosto de ese mismo año.

Sexto. El 19 de septiembre de 2018, D. I. M. Ch. G. en representación de ELSAMEX, S.A., presenta recurso especial en materia de contratación.

Séptimo. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales solicita alegaciones a los posibles interesados el 27 de septiembre de 2018, no habiéndose presentado escrito alguno.

Octavo. El 2 de octubre de 2018, la Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo, resuelve la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con lo establecido en el artículo 46.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación de todos los organismos, entes y entidades que tengan la consideración de poder adjudicador, integrados en la Ciudad Autónoma de Ceuta, según el Convenio de colaboración suscrito entre el entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (actualmente Ministerio de Hacienda y Función Pública) y la Ciudad Autónoma, sobre atribución de competencias de recursos contractuales. Dicho Convenio se publicó mediante resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 10 de abril de



2013, en el Boletín Oficial del Estado, el 17 del mismo mes y año y ha sido objeto de prórroga que fue publicada por Resolución de 3 de marzo de 2016, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Función Pública en el BOE del 21 de marzo del mismo año.

Segundo. Debe entenderse que la interposición del recurso por parte de la empresa recurrente, se ha llevado a efecto por persona legitimada para ello, precisamente por su condición de licitador excluido del procedimiento de adjudicación, quedando justificado su interés legítimo en la resolución de este recurso, de conformidad con el artículo 48.1 de la LCSP. Igualmente queda acreditada la representación.

Tercero. En relación con el plazo de interposición, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 50.1.c) de la LCSP: *“Cuando el recurso se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”* Consta en el expediente el recibí de la resolución de adjudicación y exclusión por parte de la recurrente el 29 de agosto de 2018, por lo que el plazo de quince días hábiles para su interposición previsto en la ley se ha cumplido con su presentación el 19 de septiembre.

Cuarto. El objeto del recurso lo constituye la exclusión del recurrente en el procedimiento de adjudicación de un contrato sujeto a regulación armonizada, siendo por tanto susceptible de este recurso especial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.1 a) del TRLCSP y 44.2 b) de la LCSP, dado que el acuerdo de exclusión se produce con posterioridad a la entrada en vigor de la ley.

Quinto. Alega el recurrente para fundamentar su recurso lo siguiente:

- Vulneración del principio de transparencia y de libre concurrencia al haberse omitido en los pliegos, que la solicitud de suministros de calidad y/o características tenía que haber sido **similar**. El pliego, al no incluir la habitual coletilla de “similar” limita la oferta a productos que coincidan al 100% con lo solicitado, limitando en la práctica la oferta a una sola marca proveedora, lo que es contrario al principio de libre concurrencia.



- Sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica entiende que el informe pericial en el que se basa la decisión de exclusión del recurrente es totalmente insuficiente e injustificado puesto que no explica que las luminarias ofertadas por ELSAMEX, S.A., no puedan cumplir con el objeto del contrato, que no suponen una mejora y renovación de las instalaciones, que fomentan el ahorro de energía y la eficiencia energética o que los suministros ofertados no cumplen los preceptos del Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior aprobado por Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre, o la normativa vigente aplicable. Simplemente se limita a decir que *“no se produce la coincidencia entre las luminarias ofertadas y exigidas”* haciendo alusión a la cláusula 15 del contrato en la que se especifica que *“al objeto de conseguir una estética y calidad, se exigirá al licitador que aporte fichas técnicas de las luminarias ofertadas, debiendo coincidir exactamente con las especificaciones técnicas detalladas en el PT”*. Sin explicar los motivos de por qué, a su juicio, las luminarias ofertadas no cumplen las especificaciones técnicas, o si por el contrario no consiguen una misma estética y calidad, extremos, por el contrario, ampliamente justificados en el anexo de este recurso, justificación así mismo, que fue ampliamente detallada en el trámite de audiencia cuando se consideró que la oferta de ELSAMEX, S.A., incurría en baja temeraria.

Por su parte, el órgano de contratación rebate todos y cada uno de los argumentos indicados de la forma que luego se examinará poniendo de relieve en primer lugar que respecto a la primera de las alegaciones que establece ELSAMEX, S.A. en su recurso, se dirige contra los pliegos que rigen la contratación a la que el recurrente se ha presentado y los cuales no impugnan en ningún momento. En relación con la segunda alegación defiende el informe pericial y el acuerdo de exclusión por aplicar exclusivamente lo dispuesto en aquellos.

Sexto. El recurrente comienza su alegato entendiendo que el pliego de cláusulas administrativas vulnera los principios de transparencia e igualdad y libre concurrencia.

La posibilidad de que prospere la impugnación de un pliego fuera del plazo legalmente establecido para ello, aprovechando la de cualesquiera actos del procedimiento de adjudicación susceptibles del recurso especial en materia de contratación ya ha sido objeto de estudio en numerosas resoluciones de este Tribunal, destacando entre otras, la reciente Resolución 8/2018, de 9 de enero, que recoge esta doctrina: *“Pues bien, debemos partir del*



carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los pliegos, dado que el principio del que hay que partir es que "los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación" (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), tal y como se desprende del artículo 145.1 del TRLCSP: Asimismo, debemos recordar la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la adjudicación) ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, cuál era el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados, sin consideración alguna a las circunstancias subjetivas que fueran de observar. Sin embargo, en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe. Así se ha recogido en la STSJ de Madrid.

Asimismo, como hemos recordado, por ejemplo, en la Resolución 808/2016, la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente" "no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión." Por tanto, consideramos que, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente



diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general.”

En el presente caso, lo denunciado es la falta de transparencia e infracción del principio de igualdad respecto de alguna de las cláusulas de los pliegos al no permitir la presentación de productos similares, limitándose el suministro a una sola marca proveedora.

Por tanto, procede examinar si los vicios de nulidad invocados se han producido así como si el licitador razonadamente informado y normalmente diligente pudo o no interponer en tiempo y forma el recurso especial en materia de contratación contra los pliegos por tener información suficiente para ello.

Examinado el pliego de cláusulas administrativas resulta que en su cláusula 16 es claro al exigir, como medio de solvencia técnica, muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante, añadiendo que ***“Para ello y al objeto de conseguir una estética y calidad adecuada en toda la ciudad, se exigirá al licitador que aporte ficha técnica de todas las luminarias ofertadas, debiendo coincidir exactamente con las especificaciones técnicas detalladas en el pliego de prescripciones técnicas, considerándose que solo en dicho supuesto la empresa tiene solvencia técnica o profesional.”***

El pliego de prescripciones técnicas procede, además de justificar las necesidades del contrato, a describir las actuaciones que se llevarán a cabo por el contratista, especificando por grupos las luminarias a sustituir con todos los requisitos técnicos exigidos. En consonancia con el pliego administrativo, añade que: ***“Se deberá aportar ficha técnica de todas las luminarias ofertadas debiendo coincidir exactamente con las características técnicas especificadas anteriormente.”***

Por tanto, debe entenderse que los pliegos que rigen la contratación son claros y transparentes exigiendo como requisito técnico de solvencia la presentación de unas muestras (fichas) sobre los productos objeto del suministro que deben cumplir determinadas características concretadas en el pliego de prescripciones técnicas. No existe el vicio de



nulidad invocado siendo además que cualquier licitador cuya actividad coincide con el objeto del contrato ha obtenido por los pliegos que rigen el procedimiento, información suficiente sobre la clase de luminarias que se pretendían contratar y la consecuencia jurídica de presentar muestras o fichas relativas a la mismas, con características diferentes.

Entrando en el examen de si los pliegos incurrían o no en un vicio de nulidad por no aplicación del principio de igualdad y libre concurrencia, como requisito objetivo necesario para que prospere el recurso contra el pliego, el fundamento del recurrente es que se omite en los pliegos, la solicitud de suministros de calidad y/o características **similares**. El pliego, al no incluir la habitual coletilla de “similar” limita la oferta a productos que coincidan al 100% con lo solicitado, limitando en la práctica la oferta a una sola marca proveedora, lo que es contrario al principio de libre concurrencia.

Entrando en el asunto que plantea la recurrente, el artículo 117 del TRLCSP establece que *“las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*, añadiendo 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, origen o producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar a ciertas empresas o a 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 y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente».

En este sentido debe considerarse que el pliego de cláusulas administrativas que rige la presente contratación establece en su cláusula 15.4, relativa a la solvencia técnica, la necesidad de que además de otros medios se tenga en cuenta el artículo 77.1, apartado e) en la forma indicada anteriormente, esto es que se aporte ficha técnica de todas las luminarias ofertadas, debiendo coincidir exactamente con las especificaciones técnicas detalladas en el pliego de prescripciones técnicas. Igualmente, en el pliego de prescripciones técnicas y en concreto en la cláusula 4, se describen las actuaciones necesarias de sustitución de las luminarias actuales por otras, describiendo las características de las nuevas. A título de



ejemplo el pliego de prescripciones técnicas establece: *“Se sustituirán 16 luminarias LED de 39 W, denominada CE-NS39, de fijación lateral y post top”*.

Por tanto, no se establece en el mismo, menciones a una fabricación o a una procedencia determinada o a un procedimiento concreto, ni se hace referencia a unas marcas, patentes, a un tipo, origen o producción determinados. Lo que el pliego realiza es una descripción técnica de las luminarias que, según el parecer del poder adjudicador y con la discrecionalidad técnica que se le reconoce para determinar las prestaciones que constituyen el objeto del contrato entiende que son las necesarias.

Cuestión diferente es que dichas prescripciones respondieran como parece dar a entender el recurrente a un solo proveedor limitándose en la práctica la posibilidad de presentar ofertas a una sola marca.

Nada sin embargo justifica esta aseveración. Por el contrario, forma parte del expediente de contratación como anexo al informe al recurso, un informe técnico del Director General de Medio Ambiente y Sostenibilidad de la Ciudad de Ceuta de 24 de septiembre de 2018, en el que afirma que la luminaria exigida puede ser fabricada por cualquier productor como así lo demuestran los certificados proporcionados por dos fabricantes que se anexan al informe. Igualmente dice que por motivos evidentes no puede ser un único el proveedor dado que cualquier productor puede fabricar los productos exigidos en el pliego técnico y resulta improbable que todos sean distribuidos por un único proveedor.

Por ello no se aprecia el motivo de nulidad invocado siendo que la impugnación del pliego por todo lo dicho en este fundamento jurídico no puede prosperar.

Séptimo. ELSAMEX, S.A. entiende que el informe pericial en el que se basa la decisión de exclusión del recurrente es totalmente insuficiente e injustificado puesto que no explica que las luminarias ofertadas por esa empresa, no puedan cumplir con el objeto del contrato, que no suponen una mejora y renovación de las instalaciones, que no fomentan el ahorro de energía y la eficiencia energética etc.



Igualmente entiende que las luminarias presentadas lejos de incumplir algún requisito de los pliegos presentan una variedad de mejoras respecto a las luminarias expuestas en el proyecto.

Insistiendo en lo dicho hasta ahora debe tenerse en cuenta que el informe técnico y la decisión de exclusión es por incumplimiento del requisito de solvencia técnica exigido expresamente en los pliegos que rigen este procedimiento. Esto es, se trata de un requisito en el proceso de selección de los candidatos y no en el de valoración de las ofertas. En este sentido el pliego es claro y contundente al exigir que las fichas técnicas a presentar de las luminarias, deberían coincidir exactamente con las especificaciones técnicas, siendo la conclusión como también se dice expresamente que de no cumplirlos se excluirá a la empresa licitadora.

En las fichas presentadas por el recurrente no se cumplen estas características técnicas de las luminarias. De hecho, el mismo así lo afirma en su escrito de recurso. No existe por tanto arbitrariedad ni errores materiales al proceder a su exclusión por ese motivo. Todo lo contrario, la arbitrariedad se produciría si a la hora de examinar si un determinado licitador cumple los requisitos técnicos de solvencia se tuvieran en cuenta aspectos de su oferta como los que describe el recurrente y no los que determina el pliego con arreglo a lo dispuesto en el artículo 77 del TRLCSP. Es en este caso cuando se quebrantaría el principio de igualdad que debe regir toda licitación y el quebranto de las normas del procedimiento.

Por todo ello o alegado por el recurrente contra el acto de exclusión no puede prosperar.

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 interpuesto por D. I. M. Ch. G., en representación de ELSAMEX, S.A., contra el acuerdo del órgano de contratación de exclusión en el procedimiento de adjudicación convocado para el *“Suministro e instalación de luminarias para el incremento del rendimiento energético del alumbrado público del distrito número 9 de la Ciudad Autónoma de Ceuta”*.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, previamente acordada.

Tercero. 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 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.