



Recurso nº 288/2019

Resolución nº 434/2019

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

En Madrid a 25 de abril de 2019.

VISTA la reclamación interpuesta por D. J. R. S. R. y D. S. S. R., en nombre de DRÄGER SAFETY HISPANIA, S.A., (en adelante, "DRAGER"), contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de *"Adquisición de Material de Investigación para Seguridad Vial de Plataforma para varios Aeropuertos. Fase 2"* Expediente Nº DEA-51/2019 convocado por Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 1 de marzo de 2019 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio por el que se convoca licitación para adjudicar el contrato de *"Adquisición de Material de Investigación para Seguridad Vial de Plataforma para varios Aeropuertos. Fase 2"* Expediente Nº DEA-51/2019. El contrato se califica como contrato de suministros, con un valor estimado del contrato de 838.900 euros.

El procedimiento de contratación es un procedimiento negociado con publicidad de tramitación ordinaria, licitándose dividido en 2 lotes:

Lote 1 Etilómetros evidenciales

Lote 2 Equipos muestreo y análisis drogas



Segundo. En fecha 13 de marzo de 2019, a través del Registro Electrónico, se presenta reclamación por DRAGER contra los pliegos de la licitación, solicitando la suspensión del procedimiento de licitación.

Tercero. De acuerdo con lo previsto en el artículo 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, (en adelante LCSE) se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente Informe. Igualmente, han presentado alegaciones SABORIT INTERNATIONAL S.L. (en adelante SABORIT), GRUPO TECNOLOGÍA DEL TRÁFICO, S.L. (en adelante GTT) y TRADESEGUR S.A. (en adelante TRADESEGUR).

Cuarto. Conforme a lo previsto en los arts. 103 y 105 LCSE, mediante resolución de 1 de abril de 2019 se acordó la suspensión del expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSE puesto en relación con el artículo 45.1 de la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

Segundo. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 104.2 de la LCSE.

Tercero. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer la reclamación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, en tanto en cuanto alega que las condiciones del PPT recurrido le han impedido participar en la licitación.

Cuarto. La reclamación se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.2 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, en relación al art. 44.2.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).



Quinto. La reclamación se estructura en un único motivo, considerar que el PPT vulnera el art. 34 de la LCSE al establecer requisitos técnicos a los productos objeto de suministro que limitan la concurrencia, por corresponderse con las características de un único producto comercializado por GTT.

En concreto considera que, respecto del lote 1 (Etilómetros evidenciales) limitan la concurrencia los siguientes requisitos:

1. Certificado de conformidad OIML R126
2. Principio de medición: célula Infrarroja
3. Rango de Medición: concentraciones entre 0,00 mg/l y 3,00 mg/l de alcohol en el aire expirado
4. Capacidad de memoria: al menos 3.200 eventos con hora del suceso y posibilidad de impresión vía Bluetooth o conexión IR.

En relación al Lote 2 (Equipos muestreo y análisis drogas) considera que las dimensiones (230x150x150 mm) y peso (1,5 Kg) máximo exigidos restringen la competencia.

TRADESEGUR ratifica dichas afirmaciones en relación al Lote 1, mientras que GTT, SABORIT y la propia AENA consideran que los requisitos exigidos son razonables, adecuados a las necesidades del órgano de contratación y no restringen la competencia, al existir diversas alternativas en el mercado que reúnen esas características.

Sexto. Como punto de partida debemos recordar que, ciertamente el art. 34.3 de la LCSE establece que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir a todos los licitadores el acceso en condiciones de igualdad y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos a la competencia”*.

No obstante, corresponde al órgano de contratación determinar las características técnicas que deben cumplir los productos y servicios que licita para satisfacer una determinada necesidad.

Así, como señalábamos en nuestra resolución 281/2017 de 17 de marzo



“Sexto. Planteado así el debate, cabe reproducir aquí la doctrina plasmada por este Tribunal en la resolución 391/2016 (que tenía también por objeto una licitación convocada por RENFE VIAJEROS SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL, S.A.) en relación con la definición de las especificaciones técnicas de un contrato sujeto a la LCSE. En dicha resolución, se destacaba que “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”. Tras ello, se transcribía lo dispuesto en el artículo 34 de la LCSE (cuyo apartado 3 establece que “las prescripciones técnicas deberán permitir a todos los licitadores el acceso en condiciones de igualdad y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos a la competencia”), y, tras advertir que “el artículo 60 de la Directiva 2014/25/UE no ha modificado en esencia lo dispuesto en el precepto transcrito”, se decía:

“Partiendo de lo anterior, la doctrina de este Tribunal al respecto y en lo que afecta a la presente reclamación, cabe resumirla en los siguientes puntos:

a) El principio de autonomía de la voluntad determina que los poderes adjudicadores cuenten con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de determinar las prescripciones técnicas exigidas a los licitadores, siempre y cuando las mismas estén justificadas y sean necesarias para satisfacer las necesidades que se pretenden subvenir con el contrato (resolución nº 153/2016 y las que en ella cita).

b) Para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, existiendo además otros productos capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma (resolución 548/2014, por remisión a otra del TACP Madrid 9/2013).



c) Cuando las especificaciones técnicas se refieran a una determinada marca, productos, patentes o tipos deberá incluirse la referencia “o equivalente”, salvo que esté justificado por el objeto del contrato. En este sentido, será válida la exigencia de que se utilicen determinadas marcas o productos cuando existan especialidades en el objeto del contrato que lo justifiquen, salvo que existan en el mercado productos similares, con idéntica o similar funcionalidad (resolución nº 184/2016).

d) Por otro lado, la existencia de un operador dominante no debe confundirse con una conducta restrictiva de la competencia. De suyo, la posición de dominio no está prohibida por la Ley ni por el Derecho Comunitario, sí lo están en cambio las restricciones a la competencia o el abuso en dicha posición de dominio, teniendo en cuenta que existen fórmulas para que operadores de menor dimensión o con una gama de servicios limitada que no puedan afrontar por sí solos el contenido de contrato opten al mismo mediante fórmulas de colaboración como las UTE o acuerdos para la subcontratación (resolución nº 706/2013).”

En esa misma resolución, no obstante, se advertía que “conviene aclarar en este punto que la entidad contratante tiene la obligación de no introducir exigencias técnicas, condiciones de aptitud, criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución que puedan ser discriminatorias, pero tal obligación no implica que la entidad contratante esté obligado a remover cualquier posible ventaja con la que cuenten los distintos licitadores como consecuencia de circunstancias o hechos ajenos al propio órgano de contratación”, añadiendo luego: “En este sentido, lo único verdaderamente relevante es establecer si efectivamente la utilización de los concretos sistemas de señalización exigidos en el pliego es necesaria para la consecución de los objetivos pretendidos por el contrato o si, por el contrario, dicho objetivo podía lograrse mediante el uso de otros sistemas equivalentes.”

En el mismo sentido, aunque referido al análogo precepto 117.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF) en la resolución 68/2018 de 26 de enero ya establecimos que:



“Este Tribunal en la interpretación que realiza del artículo 117.2 del TRLCPS ya vino a señalar en la Resolución nº 20/2013, de 17 de enero: “Así pues, de conformidad con los principios que rigen la contratación pública, establecidos en el artículo 1 del TRLCSP, de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, corresponderá al órgano de contratación justificar de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato atendiendo a la funcionalidad requerida, evitando especificaciones técnicas innecesarias que limiten la concurrencia (...)”.

Será el órgano de contratación quien deberá justificar de forma objetiva y razonable la idoneidad de dichas especificaciones introducidas, de lo contrario, se entenderá que son injustificadas y vulnerarán el principio de concurrencia, debiendo por tanto eliminarse de los pliegos.

En la misma línea la Resolución nº 22/2014, de 17 de enero, afirmaba que: “Para resolver el supuesto planteado en el presente recurso, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 117.2 del TRLCSP según el cual ‘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’. Sobre esta norma tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como la Jurisprudencia y este Tribunal se han pronunciado acerca de la proscripción de previsiones de los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o el establecimiento de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas siestas circunstancias carecen de todo fundamento. Este Tribunal asume estos pronunciamientos y en el análisis del presente recurso partirá de esta premisa”.

Séptimo. Analizando los requisitos del Lote 1, en primer lugar, respecto de la exigencia del Certificado de conformidad OIML R126, se observa que aparece reflejado en el Anexo III de la Orden ITC/3707/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado, conforme al cual:

“La descripción y las características metrológicas, técnicas y de diseño de los etilómetros se encuentran en la Recomendación Internacional número 126 de la Organización Internacional de Metrología Legal.”

Por lo tanto, la normativa española que rige la posible utilización de los productos a suministrar para satisfacer la necesidad que justifica su adquisición, es la que se remite a dicha Recomendación técnica internacional para definir las características metrológicas, técnicas y de diseño de los etilómetros.

Además, no puede olvidarse que, conforme al art. 34.5 de la LCSE

“5. Cuando las entidades contratantes hagan uso de la opción de referirse a las prescripciones señaladas en la letra a) del apartado 4, no podrán rechazar una oferta basándose en que los productos y servicios ofrecidos no son conformes a las prescripciones a que se hayan referido, siempre que en su oferta el licitador pruebe, a satisfacción de la entidad contratante y por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos por las prescripciones técnicas.

Un expediente técnico del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido podrán constituir un medio adecuado de prueba.”

Por lo tanto, siempre que los licitadores puedan acreditar que su producto ofertado cumple con dichas características metrológicas, técnicas y de diseño de los etilómetros establecidas en la Recomendación Internacional número 126 de la Organización Internacional de Metrología Legal, no podrán ver rechazada su oferta.

Sin embargo, no podemos afirmar lo mismo de los otros tres requisitos objeto de impugnación, teniendo en cuenta que, basta una somera comparación de los requisitos técnicos exigidos por el PPT y las características técnicas del producto comercializado por GTT, para apreciar una sustancial identidad entre ambos, por lo que la justificación de su exigencia debe estar especialmente motivada.



En cuanto a la exigencia de célula infrarroja como método de medición, la justificación de AENA parece más dirigida a considerar mejor dicha tecnología, más que a considerarla imprescindible para satisfacer la necesidad que justifica el contrato (para lo que en principio, debería bastar con que satisfaga los requisitos de la Orden ITC/3707/2006 que son los que le otorgan fiabilidad legal en cuanto al resultado del análisis), especialmente si tenemos en cuenta que no existen otros productos en el mercado que satisfagan, con dicha tecnología, las demás exigencias del PPT, por lo que, al suponer una evidente restricción de la competencia, exige una mayor justificación del carácter necesario de dicha exigencia técnica.

Tampoco podemos apreciar justificación alguna en cuanto al rango de medición y la memoria exigida teniendo en cuenta que, no siendo requisitos exigidos por la citada Orden ITC/3707/2006, en combinación con el requisito de la célula infrarroja, parecen conducir a una única alternativa posible (la comercializada por GTT).

Así, es cierto que hay varios productos que, de forma aislada, se acredita que cumplen con dichos requisitos técnicos, pero no se ha acreditado que existan otros productos distintos al equipo portátil SAF´IR modelo Evolution comercializado por GTT que cumpla con todos ellos.

Respecto del rango de medición y la capacidad de memoria, tanto AENA como GTT refieren la existencia de un producto del recurrente, el modelo Alcotest 7510, que cumple con dichos requisitos. Sin embargo, dicho equipo utiliza un sensor electroquímico, por lo que no cumpliría el requisito de utilizar como método de medición una célula infrarroja.

GTT acompaña documentación de otro producto (EVIDENZER/EVI-01) que, según afirma, cumpliría con dichos requisitos técnicos. Sin embargo, basta analizar el documento acompañado para apreciar que “consiste en una unidad de medida conectada a un ordenador estándar, equipado con una impresora”, no siendo un equipo portátil con las dimensiones máximas exigidas en el PPT.

En consecuencia, teniendo en cuenta que los requisitos exigidos no son imprescindibles para cumplir con la Orden ITC/3707/2006, por lo que pueden existir otros productos con otras características que satisfagan la necesidad que se trata de satisfacer con el contrato,



que no se ha justificado su exigencia por otros motivos (como serían, por ejemplo, su peso y dimensiones al necesitarse para su uso como equipo portátil) y que, a diferencia de lo afirmado por AENA, no se ha acreditado que existan otras alternativas que satisfagan todas las características técnicas exigidas distintas al producto SAF´IR modelo Evolution comercializado por GTT, debe estimarse que la exigencia de tecnología infrarroja, del rango de medición y de memoria, del apartado 3.1 del PPT, es contraria al art. 34.3 de la LSE al crear obstáculos injustificados a la apertura del contrato a la competencia.

De hecho, aunque directamente el PPT no hace referencia a un producto comercial determinado, indirectamente reproduce la casi totalidad de las características del producto SAF´IR modelo Evolution, lo que supone una infracción del art. 34.9 cuando señala que *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones 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”*.

Teniendo en cuenta que, conforme al art. 106.2 de la LCSE *“En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones”*, aunque el recurrente solicita una anulación total del PPT, únicamente corresponde a este Tribunal suprimir las características técnicas que, de acuerdo con lo alegado por todos los intervinientes, crean obstáculos injustificados a la concurrencia, que serían las siguientes:

- Principio de medición: célula Infrarroja
- Rango de Medición: concentraciones entre 0,00 mg/l y 3,00 mg/l de alcohol en el aire expirado



- Capacidad de memoria: al menos 3.200 eventos con hora del suceso y posibilidad de impresión vía Bluetooth o conexión IR.

Octavo. En cuanto al Lote 2, considera el recurrente que no está justificada la exigencia de las dimensiones y peso máximo establecidas en el apartado 3.2 del PPT.

Sin embargo, en este punto, sí que aparece justificada dicha exigencia por AENA pues, precisamente, lo que se pretende es adquirir unos equipos de detección portátiles que van a ser usados en unas condiciones determinadas, en las que las dimensiones y peso máximo tienen evidente importancia, no pudiendo equipararse un equipo que se transporta dentro de un vehículo, que uno que debe transportar personalmente el agente que va a hacer uso del mismo.

Además, no se alega que no existan diversas alternativas en el mercado que cumplan con dichas características, por lo que no cabe apreciar que se limite la competencia de forma injustificada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente la reclamación interpuesta por D. J. R. S. R. y D. S. S. R., en nombre de DRÄGER SAFETY HISPANIA, S.A., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de *“Adquisición de Material de Investigación para Seguridad Vial de Plataforma para varios Aeropuertos. Fase 2”* Expediente Nº DEA-51/2019 convocado por Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), anulando del apartado 3.1 LOTE Nº1: CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DEL EQUIPO ETILÓMETRO EVIDENCIAL, la exigencia de las siguientes características técnicas:

- Principio de medición: célula Infrarroja
- Rango de Medición: concentraciones entre 0,00 mg/l y 3,00 mg/l de alcohol en el aire expirado



- Capacidad de memoria: al menos 3.200 eventos con hora del suceso y posibilidad de impresión vía Bluetooth o conexión IR.

Retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación del PPT.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.4 de la LCSE.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

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 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.