



Recurso nº 895/2023 C.A. de la Región de Murcia 76/2023

Resolución nº 1099/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 7 de septiembre de 2023

VISTO el recurso interpuesto por D. M. J. R. G. , en representación de COMPAÑIA MAQUINARIA 93, S.A., contra los pliegos del procedimiento “*Adquisición de una Retroexcavadora - Cargadora*”, con expediente SU2023/7, convocado por el Ayuntamiento de Cartagena, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 8 de junio de 2023, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato de “*Adquisición de una Retroexcavadora - Cargadora*”, con expediente SU2023/7, convocado por el Ayuntamiento de Cartagena, con valor estimado de 117.500 euros.

Segundo. El pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) dispone en su apartado 7.4 1 b):

“Precio de maquinaria a entregar ofertado. Se asignará la máxima puntuación a la oferta de mayor importe. A las demás, se les asignará los puntos que en proporción directa les correspondan con arreglo a la siguiente fórmula: $P_i = O_i \times P_m / O_m$ Donde:

- P_i = Puntos de la oferta concreta • O_i = Oferta concreta • P_m = Puntos totales •*
- O_m = Mejor oferta”*

El PCAP aclara que:

“La oferta que coincida con el importe de licitación se le asignará cero puntos”.



Por su parte el apartado 7.1 del pliego de prescripciones técnicas (en lo sucesivo, PPT) establece:

“Se pretende incorporar una maquina excavadora-cargadora que permita la operacion por parte del operario municipal.

El ofertante debera presentar la documentacion tecnica que justifique las caracteristicas tecnicas de la maquina. Indicando las desviaciones cuya aceptacion seran evaluadas por la direccion tecnica del contrato.

*En el **Anexo I** se especifican las caracteristicas tecnicas de la maquina a adquirir.”*

Asimismo, el apartado 9 del PPT dispone:

“9 DOCUMENTACIÓN DE LA MAQUINA ADQUIRIDA

Las empresas licitadoras deberán adjuntar y especificar, en fase de oferta:

El cumplimiento de todas las características mínimas requeridas, incluyendo la documentación de casa del fabricante y planos necesarios donde queden justificadas todas y cada una de las características exigibles en el presente pliego.

Con la entrega del vehículo se deberá entregar, al menos:

- Libro de mantenimiento.*
- Libro de despiece.*
- Declaración de conformidad, marcado CE.*
- Libro de instrucciones.*

Todo ello en idioma castellano, en formato digital y físico”.

Tercero. El día 23 de junio de 2023, se interpuso por la COMPAÑÍA MAQUINARIA 93, S.A. el presente recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal contra los

pliegos de la licitación, básicamente, por entender que las prescripciones técnicas obligatorias que exige el PPT se corresponden con una determinada marca y modelo, por lo que entiende que se está restringiendo injustificadamente la competencia.

Cuarto. El 11 de julio de 2023, por la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso a la otra licitadora para que formular alegaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 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), sin que haya hecho uso de su derecho.

Quinto. Con fecha 6 de julio de 2023, la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de manera 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. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 13 de noviembre de 2020 (BOE de 21 de noviembre de 2020).

Segundo. La recurrente no ha presentado finalmente proposición. La doctrina de este Tribunal en relación con la legitimación activa de los recurrentes que no han presentado oferta en el procedimiento de contratación puede resumirse en dos consideraciones, que se señalaban, entre otras muchas, en la resolución 151/2022, de 1 de diciembre de 2022:

“para recurrir los pliegos de una licitación, el empresario debe –como regla general con arreglo al artículo 50.1.b) de la LCSP– haber presentado proposición, pues sólo en este caso adquiere la expectativa de resultar adjudicatario del contrato que conforma el interés fundante de su legitimación; sin perjuicio de lo anterior, es

preciso reconocer –excepcionalmente– tal legitimación al empresario que no haya concurrido a la licitación como consecuencia de condiciones discriminatorias incluidas en los pliegos que la rigen de cara a su admisión en ella, condiciones que son precisamente las que combata en su recurso.”

En aplicación de la doctrina expuesta, a juicio de este Tribunal, la recurrente cuenta con la legitimación exigida en el artículo 48 LCSP, al fundamentarse su recurso en la alegación de que la configuración de la prestación que constituye el objeto del contrato le impide presentar proposición en quiebra de los principios informadores de la contratación pública.

Tercero. El acto que es objeto del recurso son los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44.1 a) y 44.2 a) LCSP, los documentos impugnados son susceptibles de ser recurridos a través del recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 50 de la LCSP. En cuanto al plazo para recurrir, el recurso fue presentado en el registro de este Tribunal el día 23 de junio de 2023, por lo que no ha transcurrido el plazo de 15 días previsto en el artículo 50.1 de la LCSP, desde que se publicó el anuncio de licitación y de los pliegos el día 8 de junio de 2023.

Quinto. El recurso plantea dos motivos de anulación de los pliegos consistentes en:

- a) Improcedente exigencia de la retroexcavadora que se ha de entregar a la Administración contratante, al entrañar los requisitos con los que debe contar la citada maquinaria una restricción efectiva a la libre competencia, por corresponder las características descritas con las de un determinado fabricante; y,
- b) incorrecta definición del criterio de adjudicación “*precio de maquinaria ofertado*”.

Sexto. El primer motivo del recurso plantea que el apartado 7.1 del PPT y su Anexo I, al definir las características de la retroexcavadora que es objeto del contrato, vulneran los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia, porque, a juicio de la recurrente,

las características demandadas se corresponden con un concreto modelo de un determinado fabricante, aunque ese extremo no se explicita en el pliego.

La recurrente argumenta que los requisitos técnicos que fija el Anexo I del PPT relativo a **“CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS MÁQUINA A ADQUIRIR”**, son coincidentes con el modelo de la excavadora cargadora 4CX PRO de la marca JCB. Para acreditar este extremo acompaña al recurso como documento nº 5, catálogo oficial de la marca JCB, en el que se detallan todas las especificaciones técnicas de la citada excavadora.

Pues bien, analizados todos los capítulos (y subcapítulos) que se especifican en el Anexo I del PPT, que comprenden; las dimensiones (11 subcapítulos), ángulos de la línea del suelo (3 subcapítulos), motor (8 subcapítulos), transmisión (8), sistema de apoyo del motor (6), electricidad e instrumentos (8), pesos operativos (2), eje delantero (4), eje trasero (3), dirección (7), capacidades de servicios (7), sistema hidráulico (4), niveles de ruido y vibración (3), configuración de la cabina (8), neumáticos (1), hidráulica (3), protección de la máquina y lugar de trabajo (3), seguridad (1), implementos (4), rendimientos de la retrocargadora (3), dimensiones de la cargadora (11), rendimiento de la cargadora (4), implementos de la cargadora (1), dimensiones de la retrocargadora (12) e implementos de la retrocargadora (1), se constata que todos los capítulos y subcapítulos que figuran en el PPT, corresponden exactamente con los que figuran en el catálogo de la marca JCB para el citado modelo 4CX PRO, siendo un calco de los mismos, hasta el punto que siguen el mismo orden, misma denominación de capítulos y subcapítulos y misma definición y requerimientos de todos los requisitos que se solicitan para cada uno de ellos, siendo así, que no se puede sino concluir que sólo el citado modelo de JCB, puede cumplir la gran cantidad de requisitos exigidos en el PPT.

Tanto en el informe técnico elaborado por el Ingeniero Industrial, D.P.J.A.M. como por el órgano de contratación, ambos sobre el recurso presentado, no desmienten tan alto número de sospechosas coincidencias, limitándose a decir el técnico informante que:

“El presente pliego técnico no tiene el espíritu de hacer referencia a una marca en concreto si no a unas características referencia dados los trabajos a ejecutar; éstas son necesarias para el correcto funcionamiento dentro de la unidad operativa en la

que se pretende incorporar” y que “se han determinado requisitos técnicos que han de ser cumplidos por los licitadores a fin de satisfacer el objetivo principal que se persigue con la contratación, no pudiendo ser sustituida esta definición por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, concurrencia, igualdad y no discriminación.

Por tanto, se recalca que en ningún caso el pliego hace referencia a que tenga que ser una maquinaria de una marca en concreto ni se induce a ello, sino a especificaciones técnicas de referencia dado el histórico de funcionamiento dentro de la unidad operativa”.....” Por tanto entendemos que el pliego no limita la participación de otros fabricantes; éste refleja valores de trabajo habituales de maquinaria del parque móvil común en las tareas a desarrollar, no considerando contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades de contratación, dentro de los principio y requisitos de la LCSP”.

Además, para justificar su postura alega que el PPT acepta ciertas “desviaciones” de lo solicitado que, previa su justificación, podrán ser aceptadas.

Por su parte, con respecto a las “coincidencias” el órgano de contratación alega que:

“Con base en lo anterior, el recurrente insiste en la nulidad de las características exigidas, haciendo una comparativa con una marca determinada. Y vista la comparativa, es cierto que coinciden valores mínimos exigidos, pero para nada se ha determinado en los pliegos una marca o modelo concreto. Eso sí, se ha establecido el cumplimiento de todas las características mínimas requeridas, con el objeto de cumplir con los requisitos funcionales y técnicos vinculados al objeto del contrato, que son proporcionales y no se puede apreciar que se derive de los mismos un tratamiento discriminatorio alguno para los licitadores, ni una injustificada limitación a la concurrencia. Añadir que el licitador no es quien debe establecer las características, requisitos y condiciones en los pliegos”.

Como ha constatado este Tribunal no se trata, en contra de lo que alega el ayuntamiento, de “*algunas coincidencias*”, sino que la coincidencia es, diríamos, total, a salvo unos pequeños detalles sin relevancia.

Se trata, en definitiva, de exigir una máquina de una determinada marca sin nombrarla, no estableciendo alternativas que puedan cumplir otros licitadores.

Y en este sentido, el PPT es implacable porque exige que:

“Las empresas licitadoras deberán adjuntar y especificar, en fase de oferta: El cumplimiento de todas las características mínimas requeridas, incluyendo la documentación de casa del fabricante y planos necesarios donde queden justificadas todas y cada una de las características exigibles en el presente pliego”.

Lo que implica que puedan ser excluidas las proposiciones que no cumplan algunos de los extremos exigidos en el PPT, lo cual resulta extremadamente fácil, dados los innumerables requisitos técnicos exigidos y tan detallados, que es muy difícil pensar que los pueda cumplir otra marca y modelo que no sea la excavadora 4CX PRO de la marca JCB.

A este respecto, hemos de traer a colación el artículo 126 de la LCSP regulador de las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas, cuyo tenor literal expresa que:

“1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

(...)

6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos

productos. Tal 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 del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».

La máquina que se solicita, según especifica la cláusula 1 del PPT:

“será utilizada por parte del personal de las brigadas municipales para la Realización de tareas propias de excavación y carga así como limpiezas desbroces y otros fines propios de conservación, con medios mecánicos”

Y siendo esa la finalidad genérica del contrato, no se justifica en ningún documento del expediente de contratación, al menos, de los remitidos a este Tribunal o de los que figuren publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público, que sea necesario y, mucho menos, imprescindible que la máquina que se adquiriera tenga que contar con todos y cada uno de los requisitos exigidos en el PPT para cumplir el objeto del contrato con la debida calidad.

Por su similitud con las circunstancias que concurren en este recurso, relacionado con lo que dispone el PPT, es oportuno recordar ahora lo que dijimos en la resolución 798/2019, de 11 de julio de 2019:

“En el presente supuesto, el Anexo del PPT establece una detallada descripción de las características técnicas de los productos a suministrar, especificando con toda precisión aspectos como el peso, la anchura, la longitud, la altura de los instrumentos, el uso del mecanismo Milenium III, el material de los macillos, y el producto Neotex de las teclas, sin que se haya justificado por el órgano de contratación en los informes evacuados con ocasión del presente recurso que dichas características son imprescindibles para satisfacer las necesidades del contrato. Por otro lado el mero hecho de que las minuciosas descripciones técnicas del pliego se acompañen por la expresión “o similar” no puede entenderse suficiente para que los licitadores conozcan con alguna precisión y seguridad los tipos de pianos diferentes de los descritos en el pliego que, sin embargo, podrán ser

considerados similares por el órgano de contratación, dada la absoluta indeterminación del concepto.

La exhaustiva descripción de estas características supone por tanto la creación de obstáculos injustificados a la competencia pues puede presumirse que, dada su minuciosidad y precisión, sólo los productos de un fabricante pueden satisfacerlas, sin que se sepa tampoco qué otros productos similares serán admitidos a los licitadores. Por esta razón, procede la estimación del recurso, y la anulación de las cláusulas del PPT citadas para que sean sustituidas por una descripción de los pianos a suministrar que permita conocer con antelación las características de los pianos que serán admitidas por el órgano de contratación”

En conclusión, entendemos que las características técnicas que se exigen en el anexo I del PPT restringen injustificadamente la concurrencia de posibles licitadores, limitando, por tanto, la libre concurrencia sin motivación alguna, infringiendo, por tanto, los principios que se consagran en el artículo 1 de la LCSP.

Por tanto, procede la estimación de este motivo del recurso, cuya consecuencia será la anulación del PPT por los motivos antes expuestos y la retroacción del procedimiento al momento anterior a su aprobación.

Séptimo. El segundo motivo del recurso se fundamenta en que la fórmula de valoración del precio ofertado por la retroexcavadora a adquirir por el contratista no está correctamente definida en el PCAP al vulnerar el artículo 302 de la LCSP.

El argumento no puede prosperar. Los Pliegos se adecúan a los límites del artículo 302.1 de la LCSP, dado que indica:

“4.1.1.- El presupuesto base de licitación es de 142.175,00 euros (I.V.A incluido), desglosado en:

Importe sin IVA: 117.500,00 euros.

Impuesto sobre el Valor Añadido, al 21%: 24.675,00 euros.

4.1.2.- Valoración de la máquina a entregar es de 42.350,00 euros, desglosado en:

Importe sin IVA: 35.000,00 euros.

Impuesto sobre el Valor Añadido, al 21%: 7.350,00 euros.”

Como se ve el importe de la máquina a entregar al contratista es inferior al 50% del valor estimado del contrato, que es igual según el PCAP, al valor de la máquina a suministrar a la Administración.

A su vez, la fórmula de valoración del precio ofertado por los licitadores a la máquina a entregar por los licitadores no requiere de límites máximos y mínimos al ser una prestación definida completamente los Pliegos, y constituir el objeto del contrato, como resulta de la doctrina de este Tribunal, por todas, la resolución nº 1798/2021, de 21 de diciembre.

El recurso se desestima en este punto por ello.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. M. J. R. G., en representación de COMPAÑIA MAQUINARIA 93, S.A., contra los pliegos del procedimiento “*Adquisición de una Retroexcavadora - Cargadora*”, convocado por el Ayuntamiento de Cartagena, anulando el anexo I del PPT, por las razones y en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico Sexto de esta resolución, acordando, asimismo, la retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación de dicho pliego.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 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 Murcia, 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. letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES