



Recurso nº 950/2021

Resolución nº 1399/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 15 de octubre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.J.E.F., en representación de HIDTMA SL, contra los pliegos que han de regir la contratación del contrato de *“Actualización del proyecto de regeneración y adecuación ambiental de la bahía de Portman, TM de la Unión (Murcia)”*, con nº de Expediente 30-1497 y convocado por la Dirección General de la Costa y el Mar (en adelante, DGCM) del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La DGCM procedió a la convocatoria del procedimiento para la contratación del servicio de Actualización del proyecto de regeneración y adecuación ambiental de la bahía de Portman, TM de la Unión (Murcia) mediante anuncios publicados en la PCSP el 28 de mayo de 2021 y en el DOUE el 31 del mismo mes. El contrato está sujeto a regulación armonizada y tiene un valor estimado de 304.916,03 euros.

Segundo. Disconforme con esta resolución, por HIDTMA se ha formalizado recurso especial ante este Tribunal, con fecha 21 junio de 2021, solicitando la anulación de los pliegos.

El recurrente aduce como motivos de nulidad la desproporción y falta de justificación en la exigencia de una sede en la provincia de Murcia, pues limita la libre concurrencia, así como la falta de justificación como criterio de adjudicación el que se exija una determinada experiencia en relación la utilización de determinados programas informáticos.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 LCSP y el artículo 22.1.1º RPERMC.

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, el objeto del recurso son los pliegos, por lo que se trata de un objeto susceptible de impugnación conforme al apartado a) del artículo 44.2 de la LCSP. Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. La entidad recurrente goza de la legitimación exigida por el artículo 48 LCSP, a tenor del cual *«podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso»*. De acuerdo con reiterada doctrina de este Tribuna, expuesta entre otras, en la Resolución nº 865/2020, de 31 de julio:

«Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación. En nuestra Resolución 990/2019, de 6 de septiembre, ya declaramos que: “este Tribunal viene restringiendo la legitimación para interponer el recurso especial a quienes hayan sido parte del procedimiento en, entre otras, la resolución 195/2015, de 27 de febrero, en que se dijo: ‘Este derecho o interés legítimo (como hemos dicho en la Resolución nº 619/2014, en la 899/2014 o en la 38/2015) no concurre entre quienes no han participado en el procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial’...” [...]Este Tribunal ha resuelto ya en diferentes resoluciones sobre la legitimación del recurrente que no participa en el procedimiento de contratación, admitiéndola excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de



octubre) cuando el motivo de impugnación de los pliegos impide al recurrente participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013)».

Aplicando esta doctrina al caso presente, se constata que la recurrente, que no ha presentado oferta al procedimiento, cuenta con un objeto social que comprende las prestaciones objeto del contrato que se licita y que los vicios que alega suponen obstáculos a la participación en condiciones de igualdad en el procedimiento, así cuestiona la falta de justificación de la exigencia de arraigo territorial, así como determinada experiencia en el uso de un programa informático concreto.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50.1 d) LCSP.

Quinto. Entrando al fondo del asunto, aunque en el escrito de recurso se articulen tres motivos, realmente son dos, en la medida en que el tercero se formula de forma subsidiaria respecto de los otros dos, entendiéndose que, aunque considera ambas infracciones constitutivas de nulidad, en cualquier caso, no han resultado justificadas. Consecuencia de lo anterior, esta falta de justificación la examinaremos de forma conjunta en cada uno de los otros dos motivos.

El primero de los vicios de legalidad que se imputan a los pliegos se refiere a la introducción de la llamada cláusula de arraigo territorial. Así, HDTMA alega la vulneración de los principios de libre concurrencia y proporcionalidad mediante la obligación que el apartado 15.1.1 del cuadro de características impone al establecer, como medio a adscribir al contrato, el contar con una oficina en Murcia, pues los trabajos, a su juicio, no exigen la presencia continuada, bastando con el mero desplazamiento en los casos en que sea necesario.

Por su parte, el órgano de contratación defiende la legalidad de tal exigencia y señala, después de describir el objeto del contrato que *“a la vista del mismo, parece evidente la conveniencia de que el adjudicatario del contrato disponga de una ubicación física en Murcia, y no el desplazamiento puntual como pretende el recurrente, debido al importante volumen de trabajos, de información a recoger, de actores que participarán en el*



cumplimiento del contrato, y de ahí que el PCAP exija como medio a adscribir una oficina en Murcia.” Asimismo, cita el apartado 12 del PPT.

Partiendo de que no se discute que la exigencia de la oficina se establece como condición de ejecución, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de cláusulas similares a la impugnada pudiendo citar la Resolución 553/2014, de 18 de julio en la que se contiene la doctrina sobre este particular:

«... este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos administrativos (Resolución 029/2011, de 9 de febrero). En definitiva, y tal y como se concluye en el informe de la JCCA 9/09, antes citado, “el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público”, circunstancias que “igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración”. Sin embargo, en el presente supuesto, la posesión de una oficina en ... no se configura en los pliegos ni como condición de solvencia de los licitadores, ni como criterio de adjudicación. En realidad, la previsión establecida en el PPT incorpora una exigencia de compromiso de adscripción de medios (artículo 64.2 de TRLCSP) durante la ejecución del contrato cuya admisión, como ha señalado este Tribunal en la Resolución 438/2014, en un supuesto muy similar al analizado, “ no cabe descartar a priori , siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad de obligada observancia , ex artículo 1 TRLCSP, en el ámbito de la contratación pública ni resulte contrario al principio de proporcionalidad”. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C-234/03), señaló que, si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas, por mucho pudiera considerarse adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición a cumplir durante la ejecución del contrato, requiriéndose en fase de adjudicación únicamente el compromiso de tenerla. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Resolución 101/2013 de este Tribunal afirmó que, “la exigencia de ‘Delegaciones de Zona’, como modalidad de arraigo territorial, sería admisible bien como compromiso de adscripción de medios a incluir en el pliego de cláusulas



administrativas particulares, o bien como condición de ejecución del contrato en el pliego de prescripciones técnicas. Y ello en el bien entendido de que dicha exigencia de un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato encontraría su límite en el principio de proporcionalidad, atendida su relación con el objeto y el importe del contrato, así como en los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública».

Más recientemente este tribunal en la Resolución nº 328/2018 de 6 de abril de 2018, (Recurso nº 196/2018), reitera la doctrina expuesta:

«Pues bien, la doctrina de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea proscribe las cláusulas de arraigo territorial que se apliquen como criterios de solvencia o criterios de valoración de las ofertas. En definitiva, se sanciona que el arraigo territorial coloque a unos licitadores en una posición de ventaja sobre otros, ya sea como criterio de solvencia para concurrir a la licitación, ya sea por colocarles en una posición de ventaja al obtener de salida una mayor puntuación que los licitadores que no encuentren ubicados en el territorio señalado por los Pliegos. Sin embargo, este tipo de cláusulas -a juicio de este Tribunal, y admitido también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea- no deben considerarse discriminatorias de forma automática, sino que debe valorarse su vinculación al objeto del contrato».

A la vista de esta doctrina, y dado que la exigencia de los pliegos no se establece como criterio de solvencia o de adjudicación, sino como una obligación del adjudicatario, solo nos resta determinar si el citado criterio es proporcional, de manera que no pueda calificarse como discriminatorio. La motivación para la exigencia de esta obligación, aunque no se encuentre propiamente en el apartado 15.1.1 del cuadro de características, sí que parece encontrar acomodo a lo largo de la memoria y de las prestaciones a realizar que se describen en el PPT, incluidas las reuniones con los responsables de la demarcación en Murcia.

La empresa recurrente se limita a afirmar que la exigencia de la oficina en Murcia para la ejecución del contrato carece de la más mínima justificación, y que el contratista puede tener su sede fuera de esa comunidad autónoma, y desplazarse puntualmente a la Bahía



de Portman para las labores que requieran acudir de forma presencial al espacio objeto del proyecto. También que puede haber lugares de Andalucía y Valencia más próximos a La Unión, que algunos de Murcia.

Frente a esta escasa argumentación el órgano de contratación alega que contar con dicho local es conveniente para la ejecución del contrato por el importante volumen de trabajos a realizar y de información a recoger, así como de actores que participarán en el cumplimiento del contrato. Y que, por ello, el apartado 12 del PPTP así lo ha exigido.

Así pues, siendo el órgano de contratación el competente para definir las necesidades a satisfacer con el contrato y el modo en que debe efectuarse la prestación, y no apreciando el Tribunal que esta motivación sea insuficiente, y restrinja injustificadamente la concurrencia, procede desestimar este motivo de recurso.

Sexto. El segundo de los motivos esgrimidos se refiere a la exigencia, como criterio de adjudicación, de una determinada experiencia en el manejo de una herramienta de software. En concreto, en el cuadro de características se dispone que:

“17.3.1.3.- OTROS CRITERIOS (0-15) EXPERIENCIA DEL AUTOR DEL PROYECTO (0-15) La puntuación máxima será de quince (15) puntos: Se valorará la experiencia del Ingeniero de Canales, Caminos y Puertos o Master Universitario en Ingeniería de Caminos, adscrito al contrato y perteneciente a la empresa licitadora y con dedicación completa a la realización de los trabajos del contrato cuando supere los 5 años de experiencia, (requeridos como mínimo para su valoración), conforme a los siguientes subcriterios:

-Por cada año completo trabajado A PARTIR DE LOS PRIMEROS 5 AÑOS EXIGIDOS PARA SU VALORACIÓN en el apartado 15.3.2.e, ya sea en fase de redacción del proyecto o ejecución de obras en el área de ingeniería de costas: 2 puntos.

-Por cada año completo A PARTIR DE LOS PRIMEROS 5 AÑOS EXIGIDOS PARA SU VALORACIÓN en el apartado 15.3.2.e, con experiencia en la utilización del SMC: 1 punto.”

HIDTMA señala que tal exigencia es vulneradora del principio de libre concurrencia, al imponer experiencia respecto de un sistema informático al que ni el PCAP ni el Cuadro de



Características del procedimiento de licitación hacen referencia alguna al delimitar el modelo que ha de ser aplicado para el estudio de clima marítimo y dinámica litoral.

Añade que existen otros programas de idéntica o más avanzada funcionalidad y que existen otros criterios que establecen criterios excluyentes con el impugnado, pues en el apartado 17.2.1 del Cuadro de Características, se contempla: *“TECNOLOGÍA A APLICAR (0-10) La puntuación máxima será de cinco (5) puntos: Se tendrán en cuenta las tecnologías que el licitador proponga para la ejecución de los trabajos (programas a utilizar, haciendo hincapié en aquellos relacionados con la ingeniería costera)”*.

El órgano de contratación señala por su parte que: *“HIDTMA SL alega que el apartado 17.3.1.2. del PCAP establece como criterio de valoración automático la experiencia en la utilización del programa informático SMC (Sistema de Modelado Costero), estimando que a pesar de ser un software gratuito, a su juicio existen otros programas informáticos de mayor calidad. Esta Dirección General, teniendo en cuenta que el SMC es un programa informático gratuito, que fue promovido por esta Dirección General, con el que habitualmente trabaja y que cualquier interesado tiene a su disposición, considera que es el más conveniente para el cumplimiento del objeto del contrato, por supuesto, respetando el juicio de valor de cualquier licitador. La oportunidad de elegir un software concreto le corresponde a este órgano de contratación y no al criterio subjetivo del licitador.”*

Expuestas las posiciones, debemos pasar a examinar si la introducción de este criterio de adjudicación (respecto del que no se establece un tope máximo de puntos asignado a cada subcriterio) resulta vinculado al objeto del contrato y no resulta restrictivo de la competencia, si bien ya avanzamos que el motivo debe prosperar.

En este caso no se está discutiendo tanto si el exigir experiencia adicional a la requerida como criterio de solvencia está justificado (sobre esta materia existe una amplia doctrina de este Tribunal contenida, entre otras, en la Resolución 1234/2020), como si es posible exigir experiencia adicional sobre una herramienta informática, cuyo uso o licencia, en principio, no aparece exigido como requisito de capacidad o solvencia.

El Art. 145.5 LCSP, señala que los criterios de adjudicación *“ b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación,*



transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al Órgano de Contratación una libertad de decisión ilimitada”.

Al respecto conviene traer a colación la doctrina sentada por este Tribunal en la materia, que se recoge y sintetiza en la Resolución nº 753/2019, de 4 de julio de 2019, en la que con remisión a lo expuesto en la Resolución nº468/2018, de 11 de mayo, se indica lo siguiente:

«El planteamiento del recurrente consiste en la pretensión de imponer su criterio subjetivo frente al criterio del Órgano de Contratación, sin enervar la presunción de acierto de la Administración a la hora de configurar la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica.

Como consecuencia de lo anterior, debemos recordar la doctrina de este Tribunal al respecto, reflejada, entre otras, en nuestra Resolución nº 385/2017 de 28 de abril de 2017, en la que nos pronunciamos como sigue:

“En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, 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 del 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.

Asimismo, en la Resolución nº 296/2017 razonábamos como sigue: “El artículo 117.2 del TRLCSP, que el recurrente considera infringido, dice así: “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”. Este Tribunal, en interpretación de los referidos preceptos, ha partido de que (p ej, Resolución no 54/2017) “ la Administración goza de un cierto margen



de discrecionalidad en la definición de los pliegos, discrecionalidad que no es absoluta, pues ha de cumplir con las concretas obligaciones establecidas en el TRLCSP y con los principios que consagra: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.” Si bien, en la interpretación que realizamos del artículo 117 del TRLCSP hemos señalado, entre otras Resoluciones, en la número 20/2013, de 17 de enero, que “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 ”.

A ello debe añadirse, como señala el recurrente, que el considerando 74 y el artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que debería haber sido ya traspuesta, señalan que “(74) Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado , incluidas aquellas elaboradas sobre la base de criterios de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios. Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados



para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. Cuando se haga referencia a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en otras soluciones equivalentes. La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico. (...)”. Y señalábamos asimismo: “De la Directiva pues, se desprende que, si bien el Órgano de Contratación tiene discrecionalidad para definir el objeto del contrato, en aras de la igualdad y el libre acceso deben aceptarse ofertas que cumplan de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas; lo cual, si bien se refiere al momento de la selección de ofertas, entendemos que, impugnado el propio pliego, debe reflejarse preferiblemente en el mismo para mantener la regularidad y transparencia del proceso de selección; sobre todo si unimos lo dispuesto en la Directiva a la necesidad, reflejada en nuestra doctrina ya citada, de que el Órgano de Contratación justifique de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato y su necesidad”.

Como se indica, el Órgano de Contratación goza de un margen de discrecionalidad en la definición de los pliegos, discrecionalidad que no es absoluta, pues ha de cumplir con las concretas obligaciones establecidas en la LCSP y con los principios que consagra: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Ya avanzábamos al inicio de este fundamento que el recurso debe prosperar. Efectivamente, corresponde al órgano de contratación, tal y como dispone en su informe, elegir la herramienta informática que estime conveniente (siempre que tal circunstancia resulte debidamente justificada y no restrictiva de la libre competencia), pero lo cierto es que fuera de dicho criterio de adjudicación, no se hace referencia en ningún otro lugar al SMC.



Así, no encontramos ni en la memoria ni en el PPT referencia alguna a la necesidad de que se utilice este sistema en la ejecución del contrato o que el mismo sea esencial para ello.

Del mismo modo, encontramos en el cuadro de características varios elementos que podrían resultar contradictorios con este criterio. El primero de ellos es que, a pesar de la redacción del subcriterio impugnado, no se está exigiendo una experiencia mínima de 5 años en el uso del SMC a lo que ofertar años adicionales, sino que el apartado 15 del cuadro a que se remite, solo exige 5 años como ingeniero de caminos, sin otras exigencias.

Igualmente, contradictorio puede resultar el criterio de adjudicación relativo a las tecnologías que el licitador proponga para la ejecución de los trabajos (programas a utilizar, haciendo hincapié en aquellos relacionados con la ingeniería costera). En este sentido, y siguiendo la tesis del informe del órgano de contratación, únicamente se puntuaría el que desarrolle los trabajos con el SMC, pues es intención de la DGCM trabajar a través de ese sistema, lo que no parece tenga demasiado sentido a la vista de la redacción de la cláusula.

En definitiva, la introducción de este criterio se considera desproporcionada, al no admitir la experiencia en programas informáticos similares o equivalentes, y, por tanto, restrictiva de la competencia.

Por ello, debe estimarse el presente motivo, anular la mención de la cláusula 17.3.1.3 del PCAP a la experiencia en la utilización del SMC, y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación de este pliego.

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 el recurso interpuesto por D. F.J.E.F., en representación de HIDTMA SL, contra los pliegos que han de regir la contratación del contrato de *“Actualización del proyecto de regeneración y adecuación ambiental de la bahía de*



Portman, TM de la Unión (Murcia)”, con nº de Expediente 30-1497 y convocado por la Dirección General de la Costa y el Mar del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, en los términos indicados en el último fundamento de derecho de esta Resolución.

Segundo. 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 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.