

Recurso 265/2017**Resolución 282/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 28 de diciembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SFERAONE SOLUTIONS & SERVICES, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicio integral de alumbrado público» (Expte. MO-MIX-03-17), convocado por el Ayuntamiento de Moguer (Huelva), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 24 de octubre de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicha licitación fue publicada en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Moguer el 27 de octubre de 2017.

El valor estimado del contrato asciende a 3.450.000,00 euros, y entre las



empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento no se encontraba la entidad ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 9 de noviembre de 2017 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad SFERAONE SOLUTIONS & SERVICES, S.L. (en adelante SFERAONE) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el de prescripciones técnicas (PPT) que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

CUARTO. Por la Secretaría de este Tribunal, el 10 de noviembre de 2017, se da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita informe sobre el mismo, el expediente de contratación, la alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente, si dispone de órgano especializado para la resolución del citado recurso y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, teniendo entrada parte de dicha documentación el 16 y 21 de noviembre de 2017.

Posteriormente, previa petición, el órgano de contratación, el 15 de diciembre de 2017, remite el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

QUINTO. Mediante Resolución, de 22 de noviembre de 2017, este Tribunal



adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento.

SEXTO. El 18 de diciembre de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las entidades licitadoras que habían presentado proposición concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose presentado ninguna en el plazo señalado para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

El apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

Los apartados 1 y 2 de dicho artículo 10 del Decreto 332/2011, permiten que las Corporaciones Locales creen sus propios órganos especializados para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad o que las Diputaciones



Provinciales del ámbito respectivo puedan resolverlos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Moguer manifiesta que no dispone de un órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“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.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

(...)

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus Resoluciones (7/2016, de 20 de enero, 77/2016, de 21 de abril, 31/2017, de 9 de febrero, 104/2017, de 19 de mayo y 145/2017, de 14 de



julio, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadoras, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia.

Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de los apartados 1.a) y 2.a) del artículo 40 del TRLCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“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.”

En el supuesto examinado, el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, fueron puestos a disposición de las entidades licitadoras para su conocimiento, el 27 de octubre de 2017, fecha de su publicación en el perfil de contratante, habiéndose publicado anteriormente el anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea. En consecuencia, es a partir de dicha fecha cuando procede iniciar el cómputo del plazo para recurrir; en este sentido, al haberse presentado el escrito de recurso el 9 de noviembre de 2017 en el Registro de este Tribunal, el mismo se habría interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra el pliego de cláusulas administrativa particulares y el de prescripciones técnicas, solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, acuerde su modificación en los términos expuestos en el cuerpo del escrito de interposición, sin perjuicio de la posibilidad del órgano de contratación de iniciar un nuevo procedimiento de licitación subsanando la ilegalidad apreciada.



La recurrente centra su recurso en dos alegatos, por un lado, denuncia la fórmula utilizada para la valoración de la oferta económica, contenida en la cláusula 26 del PCAP, y por otro lado, cuestiona determinados aspectos de la cláusula 15.1 del PPT.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

SEXTO. En cuanto al alegato del recurso relativo a la fórmula para la valoración económica y con objeto de centrar los términos de la controversia y solventar la cuestión planteada por la recurrente, procede traer a colación el contenido de la misma, recogido en la cláusula 26 del PCAP, en la que se señala en lo que aquí interesa lo siguiente:

“a) Oferta económica.

Se valorará la oferta económica correspondiente a las prestaciones P1, P2 y P3 hasta un máximo de 50 puntos, según la tabla:

<i>Criterio</i>	<i>Criterios valorables</i>	<i>Puntos</i>
<i>Oferta económica</i>	<i>Reducción de un 0%</i>	<i>0</i>
	<i>Reducción de hasta un 5%</i>	<i>45</i>
	<i>Reducción mayor de un 10%</i>	<i>50</i>

Respecto a las reducciones que se encuentren en los intervalos señalados, se realizará la asignación de puntos de forma proporcional.”

Con base en lo anterior, la recurrente basa su alegato en los siguientes argumentos:

Afirma que aunque a primera vista pueda parecer que los criterios automáticos o matemáticos tienen la misma puntuación que los criterios valorables mediante juicio de valor, sin embargo existen determinados aspectos en los pliegos que nos lleva a concluir precisamente lo contrario, lo que supone que se diluyan los primeros dejando al arbitrio del órgano de contratación la adjudicación de la



licitación.

La actual redacción de la cláusula 26 del PCAP, en lo relativo a la oferta económica, no hace más que establecer determinados umbrales de saciedad que harán que los criterios evaluables mediante un juicio de valor sean un factor diferencial para la elección de la entidad adjudicataria.

A su juicio, dichos umbrales son contrarios a derecho y van en contra de los principios de la economía y de la oferta económicamente más ventajosa que deben presidir la gestión de los fondos públicos, puesto que, al no admitirse baja en el precio de cada una de las prestaciones, se renuncia a priori y de forma automática a la obtención de una posible mejora técnica o económica en el contrato. Para reforzar su alegato trae a colación la Resolución 4/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Concluye que se produce una violación del principio de transparencia y de no discriminación e igualdad de trato, pues el actual reparto de puntuación definido en la cláusula 26 (50 puntos oferta económica y 50 puntos oferta técnica), muestra que la adjudicación del contrato finalmente -en la práctica- se decidirá por la puntuación de los criterios evaluables mediante un juicio de valor, siendo éstos claramente superiores a los criterios valorables mediante fórmula.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que el contrato que se licita es de mejora de la eficiencia energética de las instalaciones de alumbrado público, con una serie de inversiones que corren a cargo de la entidad adjudicataria (empresa de servicios energéticos), por lo que la viabilidad económica de la mejor actuación está vinculada al precio establecido.

Asimismo, señala que del estudio económico realizado por el Ayuntamiento para determinar la viabilidad de la contratación, se considera inviable una bajada de la oferta económica superior al 10%, pues afectaría a la calidad y



alcance de la actuación.

En todo caso, indica que la valoración de la oferta económica y de la oferta técnica en el pliego es la misma, 50 puntos en cada caso.

Vistas las alegaciones procede analizar el fondo del asunto en el que la recurrente cuestiona la legalidad de la fórmula de valoración de la oferta económica pues, a su juicio, no hace más que establecer determinados umbrales de saciedad que harán que los criterios evaluables mediante un juicio de valor sean un factor diferencial para la elección de la entidad adjudicataria.

Según se recoge en la cláusula 26 del PCAP, la citada fórmula de valoración de la oferta económica, en lo que aquí interesa, establece tres tramos: i) un primer tramo para aquellas proposiciones económicas (prestaciones P1, P2 y P3) que se sitúen entre un 0 y un 5% de baja sobre el presupuesto de licitación que obtendrán 45 puntos de un total de 50 -para las que se sitúen en el 5%- , puntuándose el resto proporcionalmente a la baja, asignándose cero puntos a las ofertas que igualen el presupuesto de licitación; ii) un segundo tramo para las que oferten una baja superior al 5% e igual al 10% que obtendrán entre más de 45 puntos para las menos bajas y 50 puntos para las que reduzcan el 10%, puntuándose el resto proporcionalmente a la baja y iii) un tercer tramo para las que oferten un bajada superior al 10% -y hasta el 100%- que obtendrán la máxima puntuación -50 puntos-.

Pues bien, sobre este particular ha tenido ocasión de manifestarse este Tribunal en sus Resoluciones 387/2015, de 11 de noviembre, 408/2015, de 4 de diciembre y 233/2016, de 4 de octubre. En ellas se analizaron sendos supuestos en los que en la fórmula de valoración de la oferta económica, a partir del 10% de bajada del precio y hasta la baja máxima, la puntuación permanecía inalterable -idéntico supuesto al examinado en el tercer tramo del presente caso-.



En los casos analizados en las citadas Resoluciones -387/2015, 408/2015 y 223/2016-, este Tribunal entendió que las fórmulas para la valoración de la oferta económica imponían un “umbral de saciedad o saturación” que limitaba en la práctica las mejoras a la baja de las posibles ofertas económicas sobre el presupuesto de licitación a un porcentaje máximo -en aquellos casos mayor del 10% al igual que en el tercer tramo del supuesto examinado-, sin que a partir de dicho porcentaje se pudieran valorar las bajas superiores que pudieran hacerse, lo que se consideró carente de justificación, pues no hay razón alguna para que no puedan proponerse bajas en las ofertas económicas superiores sobre el presupuesto de licitación con el consiguiente incremento de puntos para tales ofertas y beneficio económico para la Administración.

Asimismo, este Órgano se manifestó en un sentido similar en su Resolución 184/2016, de 4 de agosto, aun cuando en ese supuesto no existía un tope absoluto *stricto sensu* para las bajas de las ofertas económicas, que eran nominal y formalmente posibles, pero se establecía un criterio de valoración de la proposición económica que las privaba de relevancia práctica -parecido al analizado en el primer tramo del supuesto examinado, en el que con solo una bajada del 5% se obtiene el 90% de la puntuación (45 puntos de un máximo de 50)-, y ello en correspondencia con el objetivo de la fórmula de valoración confesado por el órgano de contratación consistente en disuadir bajas que consideraba incompatibles con el objeto del contrato -en el presente supuesto, el órgano de contratación señala, como se ha expuesto, que considera inviable una bajada superior al 10 % pues afectaría a la calidad y alcance de la actuación-.

Su efecto, tanto en el caso de la Resolución 184/2016 como en el primer tramo del supuesto examinado, es semejante al de los umbrales de saciedad o saturación tratados anteriormente, puede afirmarse por ello que se está penalizando a las ofertas económicas más baratas de tal modo que con solo una bajada del 5% sobre el presupuesto de licitación se obtiene el 90% de la puntuación (45 puntos de un máximo de 50), lo que disuade a las entidades licitadoras de ofertar una posible mayor baja o economía en el contrato.



En este mismo sentido, en cuanto al establecimiento de umbrales de saciedad o saturación o fórmulas semejantes, se manifestaba el Informe 760 del Tribunal de Cuentas, de 26 de abril de 2007, relativo a la contratación en el ámbito de la Seguridad Social en los ejercicios 2004 y 2005 señalando que “(...) *las Entidades Gestoras y la TGSS, deberían renunciar al establecimiento de umbrales de saciedad en la valoración del criterio económico, puesto que a través de ellos se está penalizando a las ofertas más baratas de tal modo que, por debajo de ese determinado límite o umbral, aunque bajen el precio ofertado a la Administración, no obtienen una mayor puntuación. Esta actuación supone que la Seguridad Social renuncia a priori y de forma automática a la obtención de una posible mayor baja o economía en el contrato, al tiempo que no permite tampoco la formulación de alegación alguna por parte de los contratistas en justificación de su oferta a pesar de que, con carácter previo, ya han acreditado convenientemente su solvencia para la ejecución del contrato (...). Cabe añadir finalmente, que si con este tipo de límites los órganos de contratación pretenden excluir posibles proposiciones anormalmente bajas que pudieran poner en peligro la posterior ejecución correcta del contrato, a juicio de este Tribunal, el medio adecuado para lograrlo debe ser la regulación expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la baja temeraria, garantizando asimismo el otorgamiento del trámite de audiencia al contratista (artículos 86 y 83.3 del TRLCAP)*”.

Asimismo, el Informe 42/2012, de 7 de mayo de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en sus consideraciones jurídicas segunda y tercera se manifiesta en un sentido parecido: “2. *Conforme se ha expuesto, atendiendo a la valoración de la oferta económica, se atribuye una valoración de 0 a 40 puntos a las ofertas que se presenten por encima del 85% del presupuesto base de licitación y de 40 a 45 a las que se encuentren por debajo de ese importe. Esto significa, en la práctica, que se atribuye más valor a las ofertas más baratas, mientras que las más caras o de precio superior, se*



le da menos puntuación, por lo que las empresas que las presenten tienen menos posibilidades, en principio, de resultar adjudicatarias del contrato. Esta situación no es contraria a las normas de contratación, ni a los principios que rigen esta materia. No hay ninguna norma que prohíba establecer estas fórmulas de valoración (...).

3. No obstante lo anterior, el escrito de consulta pone de manifiesto el siguiente hecho: “La mayoría de los licitadores deducen que la mejor oferta es irse al 85%, pues matemáticamente es la óptima”, con lo que el comportamiento de los licitadores pasa a ser previsible/conocido no de un modo cierto pero sí aproximado. Esta circunstancia socava, en cierta medida, el espíritu y finalidad de la norma, esto es, que la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor tenga lugar con total autonomía de la voluntad, o lo que es lo mismo, sin ningún tipo de distorsión que pudiera venir del conocimiento de la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas o porcentajes.

Adicionalmente, parece claro, así lo indica el escrito de consulta, que si la mayoría de los licitadores obtienen la misma puntuación por el criterio precio (40 puntos), van a ser el resto de criterios, principalmente los dependientes de un juicio de valor (50 puntos), los determinantes de cara a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. En ese sentido conviene recordar que la Ley da preferencia o prioridad al establecimiento en los pliegos de criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas, que si bien es cierto en el pliego que nos ocupa formalmente sería así, sin embargo la realidad práctica podría evidenciar lo contrario (...). El informe concluye que “(...) Así, se advierte que fórmulas en las que el licitador puede saber previamente cuál es la puntuación que va a obtener, sin tener en consideración las demás, pueden degenerar en estrategias que lleguen a desvirtuar una correcta concurrencia.”

También, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón se ha manifestado en ese sentido en su Informe 6/2014, de 3 de marzo, cuando señala que “En todo caso, tampoco sería correcta la opción de fijar un umbral económico a partir del cual la rebaja del importe ofertado no suponga obtener más puntuación; ni la de asignar la misma puntuación a la oferta más barata



y a otras ofertas; o aquella en la que a partir de cierto umbral las diferencias de puntuación obtenidas por el elemento precio sean insignificantes. Y ello porque, lógicamente, se incumple la regla de ponderación proporcional y se limita la economía de escala de las proposiciones, lo que contamina el fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

Tampoco sería admisible la fórmula que prevé otorgar puntuación a las bajas nulas, ya que existirá menos diferencia de puntos entre su oferta y la de un competidor con una baja mayor; en el caso de la fórmula lineal, la pendiente de la recta de puntuación es menor, de modo que el número de puntos otorgados por incremento en la baja será menor.”

En definitiva, si analizamos la adecuación de la fórmula de la valoración de la oferta económica prevista en la cláusula 26 del PCAP al artículo 150.2 del TRLCSP, ha de admitirse que al anular la relevancia en la valoración global de las bajas económicas que superen la cifras de baja consideradas razonables por el órgano de contratación (10% en el presente supuesto), se produce un efecto homogeneizador de la puntuación que se atribuirá por la oferta económica, dado que se otorga una misma valoración al tramo por encima del 10% que disuadirá bajas adicionales a ese porcentaje -recuérdese que con una baja inmediatamente superior al 10%, por ejemplo un 10,01%, se obtiene el total de la puntuación del criterio económico-, lo que tiene como efecto global que los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor adquieren una relevancia relativamente mayor, pudiendo pasar a ser los decisivos con independencia de la ponderación formal que se les atribuya nominalmente en el PCAP, en contra de la finalidad que inspira el párrafo segundo del artículo 150.2 del TRLCSP, que de este modo resulta vulnerado. Ese mismo efecto homogeneizador de la puntuación ocurre, no solo en el tercer tramo de la fórmula de la valoración económica, sino también en el primer tramo de la misma, como se ha expuesto anteriormente, pues con solo una bajada del 5% sobre el presupuesto de licitación se obtiene el 90% de la puntuación.



Así pues, mediante la utilización de la fórmula de valoración de la proposición económica establecida en la cláusula 26 del PCAP se induce la oferta económica de las distintas entidades licitadoras en torno a una baja del 5 ó del 10% -45 ó 50 puntos de un total de 50-, y se propicia que sean los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor los determinantes de la adjudicación.

Asimismo, y como se ha expuesto anteriormente, hemos de concluir que el prever un límite máximo de bajada (el 10%) a partir del cual, cualquiera que sea el porcentaje de baja ofertada, la puntuación será la misma, produce también el efecto contrario al principio de oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones económicas y desmotiva a las entidades licitadoras a presentar ofertas con precios más competitivos.

Procede pues la estimación de este primer alegato del recurso y, en consecuencia, anular la fórmula de valoración de la oferta económica establecida en la cláusula 26 del PCAP.

SÉPTIMO. Por último, la recurrente cuestiona determinados aspectos de la cláusula 15.1 del PPT.

Al respecto, y en lo que aquí interesa, dicha cláusula 15.1 del PPT «alcance mínimo de las inversiones de la prestación P4» dispone que: *“La propuesta de inversión debe contemplar las siguientes actuaciones obligatorias a ejecutar, teniendo en cuenta las especificaciones del Anexo_Requisitos_Técnicos:*

- *No se admitirán cambios en las marcas y modelos de los equipos ofertados a instalar respecto de lo incluido en la oferta, salvo que desaparezca del mercado o haya evidencias de que vaya a pasar en los próximos años.*
- *Todos los equipos a instalar serán de una marca de reconocido prestigio, teniendo que presentar la ESE certificado del fabricante donde se diga que es conocedor de la oferta emitida para esta licitación. Se debe presentar evidencias de instalaciones reales y que no sirva esta licitación como prueba piloto.”*



En ese sentido, afirma la recurrente que la exigencia de que todos los equipos a instalar sean de una marca de reconocido prestigio, teniendo que presentar certificado del fabricante de que es conocedor de la oferta emitida para esta licitación, no tiene sentido como requisito técnico de las luminarias, ya que a su juicio ni la palabra prestigio ni presentar el citado certificado del fabricante, aseguran la buena calidad de los materiales

Indica que con estas exigencias del pliego se consigue que sean los fabricantes los que actúen como parte valorable de la licitación, exigiendo un prestigio no medible bajo ningún criterio, únicamente el subjetivo y contribuyendo al incumplimiento de la libre concurrencia de las entidades licitadoras.

A su juicio, al aportar un acuerdo previo con un fabricante concreto y con una marca determinada, se favorece a que el fabricante pueda modificar su oferta para la venta final del producto, dejando en manos de un tercero la viabilidad económica del proyecto y desfavoreciendo a la empresa de servicios energéticos adjudicataria, que será la que realice la ejecución del contrato.

Concluye que ambos requisitos limitan la libre concurrencia de las entidades licitadoras.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala, por un lado, que con respecto a la exigencia de que todos los equipos a instalar sean de una marca de reconocido prestigio, pretende que se oferte un producto de un fabricante con cierta experiencia en el mercado, que se puede cifrar en cinco años, evitando que se utilice el contrato como experimentación de fabricantes nuevos. Así pues, a su juicio, el PPT no está exigiendo una marca determinada y no incurre en la prohibición del artículo 117.8 del TRLCSP. En este sentido, manifiesta el órgano de contratación que no tiene inconveniente en sustituir la expresión “marca de reconocido prestigio” por otras tales como “marca con



amplia trayectoria en el mercado", o "marca con al menos 5 años de trayectoria en el mercado".

Por otro lado, indica que el requisito de que el fabricante sea conocedor que su producto forma parte de la propuesta técnica, es fundamental ya que la solución técnica está vinculada al producto elegido, por lo que una modificación del producto propuesto podría suponer una modificación sustancial del contrato. Además señala que las garantías certificadas de los productos forman parte de la valoración de la memoria técnica (que se hará también de forma cuantitativa). A su entender, si no están cerrados los acuerdos con los proveedores, la viabilidad económica del proyecto no está garantizada, sería ficticia la oferta peligrando por tanto la ejecución del proyecto. En definitiva, manifiesta que con este requisito se trata de garantizar la viabilidad de la oferta que se presente, pero en modo alguno limita la competencia o la concurrencia de las entidades licitadoras.

Vistas las alegaciones procede analizar el fondo del asunto en el que la recurrente cuestiona la legalidad de la exigencia de que todos los equipos a instalar sean de una marca de reconocido prestigio, teniendo que presentar certificado del fabricante de que es conocedor de la oferta emitida para esta licitación.

A) Con respecto a la exigencia de que todos los equipos a instalar sean de una marca de reconocido prestigio, se ha de partir de los establecido en la citada cláusula 15.1 del PPT «alcance mínimo de las inversiones de la prestación P4» que dispone que la propuesta de inversión debe contemplar una serie de obligaciones a ejecutar, entre las que se encuentran las que son objeto de controversia, teniendo en cuenta las especificaciones del “Anexo_Requisitos_Técnicos”.

En dicho anexo de requisitos técnicos se recogen las características técnicas generales que ha de cumplir la luminaria ofertada y sus componentes, de tal



manera que aquellas ofertas que cumplan dichas características han de ser necesariamente admitidas, y ello con independencia de la marca o marcas que oferten.

En este sentido, no es posible admitir exigencias de “marca de reconocido prestigio” como la descrita en el PPT, ni aquellas otras expresiones que propone el órgano de contratación en su informe al recurso como "marca con amplia trayectoria en el mercado" o "marca con al menos 5 años de trayectoria en el mercado". En todos estos casos, se trata de limitaciones artificiosas de la competencia, dado que como se ha expuesto todas las luminarias y componentes que cumplan con las exigencias recogidas en el citado “Anexo_Requisitos_Técnicos”, han de ser admitidas, sean de la marca que sean y lleven más o menos tiempo en el mercado.

Así las cosas, no se entiende el alegato del órgano de contratación cuando manifiesta que con la exigencia de que todos los equipos a instalar sean de una marca de reconocido prestigio, se evitaría que se utilice el contrato como experimentación de fabricantes nuevos, que no tiene fundamento ni técnico ni jurídico.

Además, y en todo caso, esa finalidad de que no se utilice el contrato como experimentación de fabricantes nuevos, que tanto preocupa al órgano de contratación, se consigue con la obligación contenida en el inciso siguiente del párrafo objeto de controversia -no cuestionado por la recurrente-, cuando dispone que “se debe presentar evidencias de instalaciones reales y que no sirva esta licitación como prueba piloto”, por lo que la exigencia relativa a “marca de reconocido prestigio” o similares carece de sentido práctico.

A mayor abundamiento, la expresión de que a más experiencia más calidad no tiene por qué cumplirse y menos aún en ámbitos como el que nos ocupa en el que la tecnología avanza de forma muy rápida.



En todo caso, la normativa contractual contiene mecanismos para evitar incumplimientos en la ejecución del contrato, y si a pesar de ello éstos se producen la facultad de imponer penalizaciones, llegando incluso a resolver el contrato con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, así como la posibilidad según los casos de que el contratista incurra en alguna potencial prohibición futura de contratar.

B) Con respecto a la exigencia de presentar un certificado del fabricante de que es conecedor de la oferta emitida para esta licitación, este Tribunal la considera totalmente innecesaria y, por ello, limitativa de la concurrencia, sin que dicho certificado obligue en modo alguno al fabricante a disponer del concreto producto ofertado durante los quince años de duración del contrato.

En este sentido, carece de sentido el alegato del órgano de contratación cuando en su informe al recurso manifiesta que el hecho de que el fabricante sea conecedor de que su producto forma parte de la propuesta técnica, es fundamental ya que la solución técnica está vinculada al producto elegido, por lo que una modificación del producto propuesto podría suponer una modificación sustancial del contrato, pues como se ha expuesto el fabricante continuará o no con el concreto producto ofertado en función de su estrategia de mercado, con independencia de que al presente contrato le reste uno o varios años para finalizar.

En todo caso, dicha exigencia carece todavía más de sentido cuando se analiza el párrafo inmediatamente anterior, ya expuesto al principio de este fundamento, que dispone que no se admitirán cambios en las marcas y modelos de los equipos ofertados, salvo que desaparezcan del mercado o haya evidencias de que ello vaya a pasar en los próximos años.

En efecto, mediante esta exigencia se trata de garantizar la viabilidad de la oferta que se presente, que es lo que pretende el órgano de contratación según manifiesta en el informe al recurso, sin que sea necesario aportar para ello



certificado del fabricante de que es conocedor de la oferta emitida para esta licitación.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede la estimación de este segundo y último de los alegatos del recurso y, en consecuencia, anular la exigencia siguiente contenida en la cláusula 15.1 del PPT: “todos los equipos a instalar serán de una marca de reconocido prestigio, teniendo que presentar la ESE certificado del fabricante donde se diga que es conocedor de la oferta emitida para esta licitación”.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SFERAONES SOLUTIONS & SERVICES, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicio integral de alumbrado público» (Expte. MO-MIX-03-17), convocado por el Ayuntamiento de Moguer (Huelva) y, en consecuencia, anular ambos pliegos en el sentido expuesto en la presente resolución, con retroacción de las actuaciones para que en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben se tengan en cuenta las consideraciones realizadas en los fundamentos de derecho sexto y séptimo, con publicación de una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal en Resolución de 22 de noviembre de 2017.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

