

**Recurso 242/2015****Resolución 7/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 20 de enero de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GAMMA SOLUTIONS, S. L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Suministro y montaje de material eléctrico para la modernización de la instalación de alumbrado público en varias barriadas de Dos Hermanas (Sevilla)” (Expte. 47/2015), convocado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Dos Hermanas, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 26 de septiembre de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento. Asimismo el citado anuncio fue publicado el 15 de octubre de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm 247.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 384.995,38 euros.



**SEGUNDO.** Con fecha 30 de octubre de 2015, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad mercantil GAMMA SOLUTIONS, S.L. (en adelante GAMMA) contra los pliegos que rigen la licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución; en su escrito de recurso se solicitaba además la adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación.

**TERCERO.** Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal, de fecha 3 de noviembre de 2015, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del citado recurso y se le solicita el informe sobre el mismo, el expediente de contratación, las alegaciones en relación con la medida provisional de suspensión solicitada y el listado de licitadores con los datos necesarios a efecto de notificación. Dicha documentación fue remitida por el órgano de contratación, teniendo entrada en este Tribunal el día 6 de noviembre de 2015 y el listado completo de licitadores, previo nuevo requerimiento, el 19 de noviembre de 2015.

**CUARTO.** Previa petición de la recurrente de adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación, y vistas la alegaciones presentadas por el órgano de contratación, este Tribunal en Resolución, de 16 de noviembre de 2015, acuerda la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro citado en el encabezamiento de la presente resolución.

**QUINTO.** La Secretaría del Tribunal, el 23 de noviembre de 2015 concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el 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.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de Dos Hermanas, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del Convenio, a tales efectos, formalizado el 3 de junio de 2014 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Dos Hermanas, ya que, de conformidad con la cláusula séptima de dicho Convenio, el mismo permanece vigente a la fecha de presentación del presente recurso, no habiendo sido denunciado por ninguna de las partes firmantes del mismo.

**SEGUNDO.** Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la 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.

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 31, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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 (427/2015, de 17 de diciembre, 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 licitadores, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquel para recurrir, pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de ésta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que la recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación de la recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra



algunos 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 suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un órgano de la Administración Pública, siendo su valor estimado de 384.995,38 euros, y el objeto del recurso son los pliegos que establecen las condiciones que deben regir la contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.a) del TRLCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su apartado a), dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél 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 presente caso, el anuncio de la licitación en el el Diario Oficial de la Unión Europea se realizó el 26 de septiembre de 2015 y en el Boletín Oficial del Estado el 15 de octubre de 2015, por lo que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir del día 16 de octubre de 2015, que es cuando se completa la publicidad de la licitación en los términos exigidos por el TRLCSP y se ponen los pliegos a disposición de los licitadores en los términos indicados en el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Al haberse presentado el escrito de interposición del recurso el 30 de octubre de 2015 en el Registro de este Tribunal, éste se presentó dentro del plazo legal indicado.



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

La recurrente solicita en su recurso que con estimación del mismo se anule el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y la licitación, sin perjuicio de que por el órgano de contratación se puede iniciar un nuevo procedimiento subsanando la ilegalidad recurrida.

La recurrente centra su recurso en la infracción de los apartados 2 y 8 del artículo 117 del TRLCSP.

Alega la recurrente que el objeto del contrato se ha definido de forma discriminatoria contraria al principio de igualdad, y que vulnera asimismo el principio general establecido en el apartado 2 del artículo 117 del TRLCSP, conforme al 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.

Argumenta la recurrente que las características que se especifican en el punto 4 del PPT para definir el objeto del contrato no se realizan mediante las correspondientes especificaciones técnicas, sino mediante la referencia a un código utilizado por un fabricante en concreto para la denominación de dichos productos objeto de licitación (ERP775 ECO/8350/NW PSDD OFR6 DD27), conforme a la previsión del artículo 117.8 del TRLCSP.

Alega la recurrente que esta posibilidad solo es admisible cuando no quepa hacer una descripción adecuada de la prestación utilizando los medios a que se refieren los apartados 3 y 4 del citado artículo 117 del TRLCSP, es decir, aplicando sistemas de referencias técnicas elaboradas por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales. Además, continúa la recurrente, en el caso que así sea deberá hacerse constar la expresión “o equivalente”, con el objeto de permitir presentar



ofertas de productos que puedan cumplir de igual forma las necesidades que mediante el contrato pretende satisfacer el órgano de contratación.

Por último manifiesta la recurrente que el PPT impugnado, al limitar los productos a suministrar a un único fabricante, infringe lo dispuesto en el artículo 117.8 del TRLCSP, no encontrándonos ante la excepción prevista en el mismo en relación con la imposibilidad de hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato, aparte de que ni siquiera se incorpora junto a la referencia a ese único fabricante la mención “o equivalente”.

Concluye la recurrente que debe anularse el punto 4.3 del PPT (en el recurso se recoge por error 4.2) y todo lo referente a un único fabricante que pueda leerse en los pliegos.

Por su parte el órgano de contratación en su informe manifiesta su rechazo al recurso en base a lo indicado en el informe emitido por el Secretario del Ayuntamiento con fecha 5 de noviembre de 2015. En particular, sigue manifestando el órgano de contratación, por estar suficientemente justificada la petición en el PPT de una referencia concreta para 27 unidades del total de las 703 incluidas en el pliego citado.

**SEXTO.** Visto lo alegado por las partes procede analizar el fondo del asunto. Al respecto, en primer lugar cabe traer a colación el contenido de la cláusula controvertida del PPT, en donde se define parte del objeto del contrato. En concreto la cláusula 4.3, objeto de impugnación, señala lo siguiente:

*“4.3 Características de los grupos ópticos para luminarias IQV.*

*Grupo óptico ERP775 ECO/8350/NW PSDD OFR6 DD27 temperatura de color 4.000 K con programación de regulación de flujo”.*

En segundo lugar, partiendo, por tanto, de que la descripción de parte del objeto del contrato es la adquisición de grupos ópticos para determinadas luminarias por marca, modelo o denominación comercial, procede analizar si la legislación



contractual permite definir las especificaciones técnicas en los contratos por referencia a una marca, modelo o denominación comercial, o a una patente o a un tipo, o a un origen o a una producción determinada.

Al respecto, es necesario traer a colación diversos artículos del TRLCSP, así el artículo 116.1 del citado texto refundido afirma que *“El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley”*.

Por su parte el artículo 117.2 establece que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*.

Por último el apartado 8 del citado artículo 117 del TRLCSP afirma que *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente»”*.

Los citados apartados 2 y 8 del artículo 117 del TRLCSP son, prácticamente, una reproducción literal de los apartados 2 y 8 del artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, contenidos que se reproducen en los



apartados 2 y 4, respectivamente, de la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE.

Dicha problemática ha sido abordada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 62/2007, de 26 de mayo, sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos, estableciendo en el apartado 2 del mismo lo siguiente: *“Como establece los citados artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la Ley de contratos del sector público (actualmente apartados 2 y 8 del artículo 117 del TRLCSP) y permite el último párrafo del artículo 23.8 de la citada Directiva, las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción, circunstancias que se expresan en el citado artículo y que pueden concretarse en que:*

- a) la referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados esté justificada por el objeto del contrato;*
- b) la entidad adjudicadora no tenga la posibilidad de dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores, y*
- c) la indicación de la marca esté acompañada de la mención «o equivalente», condiciones que son acumulativas y que deberá demostrarse que se cumplen las tres.”*

Por tanto, para que en la descripción del objeto del contrato se pueda hacer referencia a una marca, modelo o denominación comercial, o a una patente o a un tipo, o a un origen o a una producción determinada es necesario que se den acumulativamente las tres circunstancias anteriores, esto es que esté justificada por el objeto del contrato, que el órgano de contratación no tenga la posibilidad



de dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores y que, en todo caso, la indicación de la marca esté acompañada de la mención «o equivalente». En este sentido se ha manifestado este Tribunal en su Resolución 326/2015, de 15 de septiembre.

En el presente supuesto, a juicio de este Tribunal, no se dan de forma acumulativa las tres circunstancias para que la descripción del objeto del contrato haya de realizarse indicando la marca, modelo o denominación comercial, pues sin entrar a analizar las dos primeras circunstancias es obvio que en la descripción del objeto del contrato cuando el PPT, en su apartado 4.3, describe las características de los grupos ópticos para luminarias IQV -Grupo óptico ERP775 ECO/8350/NW PSDD OFR6 DD27 temperatura de color 4.000 K con programación de regulación de flujo-, la misma carece de la mención «o equivalente», con la consiguiente quiebra de los principios de igualdad de trato y no discriminación contenidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

En consecuencia, en función de lo anteriormente expuesto, procede la estimación del recurso.

Asimismo, como el principio de conservación de los actos y trámites administrativos es una manifestación de los principios generales de economía procesal, proporcionalidad y eficacia, cuyo objetivo es determinar el alcance de la anulación, este Tribunal considera que deben mantenerse las actuaciones realizadas y proceder a la rectificación de la cláusula 4.3 del PPT añadiendo la mención «o equivalente», con publicación de la misma en los diarios y boletines oficiales correspondientes, así como en el perfil de contratante, con apertura de un nuevo plazo de presentación de ofertas para aquellos licitadores que no habiéndola presentado deseen hacerlo o aquellos que habiéndola presentado deseen modificarla, retirarla o confirmarla.

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 **GAMMA SOLUTIONS, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Suministro y montaje de material eléctrico para la modernización de la instalación de alumbrado público en varias barriadas de Dos Hermanas (Sevilla)” (Expte. 47/2015), convocado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Dos Hermanas, debiendo procederse conforme ha quedado expuesto en el fundamento sexto de esta resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal en la Resolución de 16 de noviembre de 2015.

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

