



Recurso nº 1324/2015 C.A. Castilla-la Mancha 68/2015

Resolución nº 76/2016

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

En Madrid, a 29 de enero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. J. M. Y., en nombre y representación de LEDUS ESPAÑA, SL, contra los pliegos de la licitación del procedimiento abierto de adjudicación del contrato de *“Suministro e instalación de luminarias LED, equipos electrónicos de encendido en sustitución de los existentes y sistemas de telegestión en diferentes calles de la ciudad”* para el Ayuntamiento de Talavera de la Reina, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 19 de noviembre de 2015 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Talavera de la Reina acordó el expediente para la contratación del suministro e instalación de luminarias LED, equipos electrónicos de encendido en sustitución de los existentes y sistemas de telegestión en diferentes calles de la ciudad. Dicho expediente comprende el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

Segundo. Con fecha de 10 de diciembre de 2015 se publica el anuncio de licitación en el perfil del Ayuntamiento de Talavera de la Reina, y el 12 de diciembre de 2015 en el Boletín Oficial del Estado.

Tercero. El día 23 de diciembre de 2015 fue anunciado el presente recurso especial en material de contratación, recurso que fue interpuesto recibido en este Tribunal el 30 de diciembre de 2015.

Cuarto. Interpuesto el recurso y tal y como había sido solicitado por la sociedad recurrente, con fecha 21 de enero de 2016 la Secretaria de este Tribunal -por delegación de éste- acordó conceder la suspensión del expediente de contratación, de conformidad con el art. 45 del Texto



Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

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 los apartados 3º y 4º del artículo 41 del TRLCSP y al art. 3 del Convenio de colaboración suscrito con la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha el 22 de octubre de 2012 (BOE 2 de noviembre de 2012).

Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley a cuyo tenor: “Podrá interponer 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”.

Efectivamente, la reclamante LEDUS ESPAÑA, SL ostenta un claro interés legítimo en la medida en que es una de las entidades con interés en concurrir en el procedimiento para la adjudicación del contrato objeto de licitación, entendiéndose esta que resulta perjudicada por las condiciones impuestas por los pliegos recurridos.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP, habiendo sido debidamente anunciada dicha interposición al órgano de contratación conforme a lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. El contrato objeto del recurso es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1 del TRLCSP al tratarse de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada al ser licitador el Ayuntamiento de Talavera de la Reina y su valor 851.200,97 euros.

Por su parte, el acto objeto del recurso es la resolución de 19 de noviembre de 2015 por la que se aprueban los Pliegos de Condiciones Técnicas del contrato de suministro e instalación de luminarias LED, equipos electrónicos de encendido en sustitución de los existentes y sistemas de telegestión en diferentes calles de la ciudad, acto cuya impugnabilidad está expresamente recogida en el artículo 40.2.a) del TRLCSP.



En consecuencia, el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, estando todas las partes conformes con este punto.

Quinto. La recurrente LEDUS ESPAÑA, SL cuestiona que el epígrafe 4 de los PPT (requisitos técnicos exigidos al licitador y fabricante), dentro del apartado 4.2 (fabricantes) requiere aportar los documentos acreditativos de que el licitador dispone “contar con centro de producción en España”. A juicio de la recurrente dicha exigencia de arraigo territorial como requisito de solvencia contraviene el art. 117.8 TRLCSP, precepto que establece:

“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»”.

Este Tribunal se ha pronunciado ya en numerosas ocasiones respecto de la exigencia de determinado territorial en el PCAP o en el PPT. Así, en resolución se dijo en la resolución 644/2015:

“El Tribunal se ha pronunciado en diferentes Resoluciones (entre otras, 595/2013, de 4 de diciembre, 245/2013, de 27 de junio, 101/2013, de 6 de marzo, 212/2012, de 3 de octubre, 139/2011, de 11 de mayo y 29/2011, de 9 de febrero), acerca de la incorporación a los PCAP y PPT del denominado arraigo territorial de la empresa licitadora o adjudicataria. Este elemento de arraigo puede aparecer en el PCAP bien como un requisito de solvencia o aptitud para contratar de las empresas que desean licitar o bien como un criterio de valoración de las ofertas. En algunos casos se ha incorporado el arraigo territorial como un compromiso de adscripción de medios materiales, al amparo del artículo 64.2 del TRLCSP. El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 9/2009 de 31 de marzo ha estudiado el problema del arraigo territorial cuando se incluye en los pliegos como un elemento de solvencia del contratista y como un criterio de valoración de las ofertas, indicando que “el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa, no pueden ser considerados como condición de aptitud para contratar con el sector público, ni pueden ser utilizados como criterio de valoración” circunstancias que “igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración”.



Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005, asuntos C-158/03 y C-234/03, trataron, como un supuesto en que la exigencia de una oficina abierta al público se configuraba como un requisito de admisión y un criterio de valoración de la oferta. En esta sentencia el TJUE expuso las condiciones para apreciar si la medida adoptada por el Estado vulnera los principios del Tratado, sin que el hecho de que el supuesto considerado en esta sentencia no sea la prestación del contrato sino el criterio de aptitud o solvencia y el criterio de adjudicación obstaculice la aplicación de los requisitos comprendidos en ellas para el caso objeto de este recurso toda vez que se prevén para cualquier medida adoptada por el Estado que pueda afectar a la libre prestación de servicios. Así, la Sentencia del TJUE del Asunto C-158/03 dispone en su párrafo 35, que “procede recordar, como han hecho las partes, que, según una jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; Gebhard, antes citada, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C- 243/01, Rec. p. I 13031, apartados 64 y 65).

El TJUE, así como las Resoluciones de este Tribunal, estiman que no es posible dar una respuesta general a la admisión o no de un supuesto de arraigo territorial de la empresa licitadora sino que debe acudir a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar los requisitos expuestos.

Antes de continuar resulta conveniente aclarar que resulta indiferente que la exigencia de una oficina, almacén, centro de trabajo o establecimiento, una delegación o un delegado sea exigible como un requisito de solvencia, una obligación de adscripción de medios materiales, un criterio de valoración de las ofertas o bien, como es el caso de este expediente, exigirla como una prestación del contrato. Cualquiera que fuera la forma en la que la Administración contratante configure una medida discriminatoria o innecesaria para alcanzar los fines que se pretenden mediante el contrato o desproporcionada para ello, vulnera los principios aplicables a la contratación pública, bien sea la necesidad de un trato igual y no discriminatorio, la libertad de acceso a las licitaciones o la concurrencia. En todo caso, la exigencia o la consideración a todos los efectos de un arraigo territorial de las empresas supone una limitación de la concurrencia y la libertad de acceso que



debe encontrar su justificación en la naturaleza del contrato y la necesidad que éste satisface. Como toda excepción de los principios generales deberá interpretarse de forma restrictiva y así de manera que la medida resulte proporcional a los fines que la justifican.

En definitiva el ajuste a los principios enunciados de una determinada prestación como la presencia de una oficina o almacén en un mismo lugar o en un sitio o localidad próxima a la que se preste el servicio debe apreciarse en cada caso concreto, y de esta evaluación resultará si la prestación es un elemento esencial, necesario, conveniente, accesorio o innecesario en consideración al objeto del contrato”.

Por tanto procede analizar la concreta justificación dada por la Administración contratista a la dicha exigencia para colegir su adecuación o no a la normativa vigente. Afirma el Ayuntamiento de Talavera de la Reina en su informe al presente escrito para justificar la exigencia de que el contratista tenga un centro de producción en España del siguiente modo: “la ubicación del centro de producción en territorio nacional permite la rápida adquisición de elementos, evitando demoras debidas a permisos de importación; fletes y aduanas. Por ello, desde el punto de vista técnico la condición mencionada es conveniente para el mantenimiento futuro de la instalación”.

Por tanto, el propósito del Ayuntamiento de Talavera al exigir que el licitador disponga de un centro en España es el de garantizar la entrega a tiempo de la mercancía contratada. Este razonamiento no puede ser convalidado por este Tribunal. Si la intención de la Administración contratante es garantizar la entrega en tiempo lo procedente es que exigiera de los licitadores un compromiso de puntualidad, sin que pueda tolerarse que una empresa vaya a realizar sus entregas fuera de plazo únicamente por encontrarse su centro de producción fuera de España. Finalmente, debe señalar este Tribunal lo absurdo que resulta que el Ayuntamiento de Talavera de la Reina mencione la existencia de aduanas para la exclusión de toda empresa extranjera, incluyendo por tanto a las radicadas en los restantes estados miembros de la Unión Europea.

En consecuencia debe estimarse este primer motivo del recurso y declararse la nulidad de la exigencia de que los licitadores dispongan de un centro de producción en España contenida en el epígrafe 4.2 del PPT al ser contraria a las exigencias del art. 117.3 TRLCSP.

Sexto. Como segundo motivo del recurso impugna LEDUS ESPAÑA, SL la exigencia, nuevamente contenida en el epígrafe 4.2 del PPT, de que los licitadores acrediten haber realizado al menos 5 proyectos de alumbrado público de un mínimo de 2.000 luminarias cada uno de ellos por entender que dicha exigencia carece de fundamento jurídico o técnico.



La exigencia de una relación de trabajos o servicios prestados es admitida por el art. 78.1.A) del TRLCSP, por remisión del art. 79 TRLCSP, como uno de los modos de acreditar la solvencia profesional y técnica en los contratos de suministros.

Interpretando estos preceptos este Tribunal, en resoluciones como la 16/2012, ha sentado el criterio de que los requisitos de acreditación de la solvencia *“deben ser determinados, han de estar relacionados con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio”* en el bien entendido de que no cabe identificar *“la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no”*. Por tanto procede examinar la exigencia impugnada por LEDUS ESPAÑA, SL para determinar si resulta discriminatoria.

En primer lugar debe señalarse que no se aprecia desproporción en la exigencia de 5 contratos de, al menos, 2.000 luminarias dado que, como resulta del punto 12 del PPT, el presupuesto prevé el suministro de un mínimo de 2.519 luminarias.

Ahora bien, no puede compartir este Tribunal que el PPT ahora impugnado requiera que los trabajos hayan sido prestados para entidades públicas, excluyendo por tanto los realizados para el sector privado. A este respecto este Tribunal tiene declarado que la restricción a los servicios y trabajos prestados para el sector público sólo es admisible cuando, por su naturaleza, la prestación del contrato sólo sea posible realizarla para una entidad pública. Así,

“en aquellos supuestos en los que la solvencia se acredite por la experiencia por así disponerlo los pliegos, debe acreditarse la existencia de los contratos en los términos expuestos, de modo indiferente entre el destinatario público o privado de aquéllos previos servicios, sin que sea posible que el órgano de contratación ciña la experiencia al sector público excluyendo al privado o, viceversa, al privado con exclusión del público.

Ahora bien, esto será así en aquellos supuestos en los que el objeto del contrato tenga la versatilidad de poder ser contratado en el sector público y en el sector privado, por ejemplo, servicios de limpieza de edificios, mantenimiento de instalaciones, jardinería, etc... Pero existen contratos cuyo objeto es, por esencia, propio del sector público, sin que puedan el sector privado desempeñar tal actividad. En estos casos la solvencia técnica acreditada por servicios previos habrán, necesariamente, ir referidos al sector público”.



En el presente caso no se aprecia que los trabajos de luminaria a que se refiere el epígrafe 4.2 del PPT solamente puedan prestarse para una entidad pública por lo que no puede admitirse que no se permita acreditar la solvencia profesional y técnica mediante una relación de los suministros realizados para entidades privadas. En consecuencia procede también estimar este segundo motivo declarando contraria al art. 78.1.A) TRLCSP el epígrafe 4.2 del PPT respecto de la exigencia de acreditar la suscripción de al menos 5 contratos de suministro de un mínimo de 2.000 luminarias con entidades necesariamente públicas.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. F. J. M. Y., en nombre y representación de LEDUS ESPAÑA, SL, contra los pliegos de la licitación del procedimiento abierto de adjudicación del contrato de *“Suministro e instalación de luminarias LED, equipos electrónicos de encendido en sustitución de los existentes y sistemas de telegestión en diferentes calles de la ciudad”* para el Ayuntamiento de Talavera de la Reina, declarando la nulidad de pleno derecho de los siguientes apartados del epígrafe 4.2 del PPT:

1. Que los licitadores dispongan de un centro productivo en España.
2. Que hayan suscrito al menos 5 contratos de suministro de un mínimo de 2.000 luminarias con entidades necesariamente públicas.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida por el acuerdo de este Tribunal de 21 de enero de 2016, de conformidad con el art. 47.4 del R.D.L. 3/2011.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del presente recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el art. 47.5 del R.D.L. 3/2011.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad



de Castilla-la Mancha, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de 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.