

Recursos nº 061 y 064-2021 SUM – CABILDO LZTE**Resolución n.º 183/2021, de 28 de junio.**

Recurso contra los pliegos (PPT). Límites a la discrecionalidad del órgano de contratación al redactar el PPT. Motivación de la idoneidad del objeto del contrato y de las especificaciones técnicas exigidas para dar satisfacción a la necesidad detectada: evitar la transmisión del virus dotando a los empleados públicos de EPIS. La exigencia de especificaciones técnicas innecesarias limita la concurrencia. En este caso, la entrega de paquetes de cinco mascarillas cada uno no añade valor alguno a la finalidad perseguida y carece de una justificación objetiva por parte del órgano de contratación que permita restringir la libre apertura de la licitación a la competencia. ESTIMACIÓN.

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CONTRATOS PÚBLICOS
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS**

Vistos los recursos interpuestos por Don APH, en nombre y representación de la entidad **VALSONS TRADERS EXPORTACIONES, S.L.** (en adelante, VALSONS) y por Don JMPR, en nombre y representación de la entidad **POSITRONICA, S.A** (en adelante, POSITRONICA), contra el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que ha de regir el contrato de suministro de mascarillas tipo FFP2 con destino a los empleados públicos del Cabildo Insular de Lanzarote, cuyo expediente de contratación fue aprobado por la Resolución de la Consejera de Contratación, de 4 de marzo de 2021, mediante procedimiento abierto simplificado (EXP. 16690/2020), se dicta la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Consejera de Contratación del Cabildo Insular de Lanzarote, mediante Resolución de 4 de marzo de 2021, aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares y el expediente de contratación, mediante procedimiento de adjudicación abierto y tramitación simplificada, del contrato denominado “SUMINSTRO DE MASCARILAS TIPO



FFP2 CON DESTINO A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL CABILDO INSULAR DE LANZAROTE” (EXP. 16690/2020).

Según consta en la cláusula 6 del PCAP (apartado E del cuadro resumen), el valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 109.200 euros.

El presente procedimiento de contratación se ha regido por lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a la citada LCSP.

SEGUNDO. Se recurre el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de suministros citado, publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 5 de marzo de 2021; en concreto se recurre la especificación técnica relativa al embalaje: *“Se deberá presentar empaquetado en paquetes de cinco”*.

TERCERO. Con fecha 19 de marzo de 2021, a través del Registro General Electrónico del Gobierno de Canarias, Don APH, en nombre y representación de la entidad VALSONS, interpuso recurso especial en materia de contratación contra los citados pliegos.

A dicho recurso se le asignó el n.º 061/2021 por este Tribunal.

CUARTO. Con fecha 22 de marzo de 2021, a través del Registro General Electrónico del Gobierno de Canarias, Don JMPR, en nombre y representación de la entidad POSITRONICA, interpuso recurso especial en materia de contratación contra los citados pliegos.

A dicho recurso se le asignó el n.º 064/2021 por este Tribunal.



QUINTO. El órgano de contratación, con fecha 30 de marzo de 2021, remitió, a este Tribunal, el expediente administrativo y los correspondientes informes, considerando que debería desestimarse los recursos interpuestos.

SEXTO. Con fecha 31 de marzo de 2021, se dio traslado del recurso a las entidades licitadoras, a fin de poder presentar cuantas alegaciones estimaran oportunas en el plazo de 5 días hábiles. Según consta en el expediente, POSITRONICA formuló alegaciones al recurso interpuesto por VALSONS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en relación con los artículos 2 y 3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias; y en el Convenio de Colaboración entre la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Cabildo Insular de Lanzarote, suscrito el 29 de agosto de 2016 (Boletín Oficial de Canarias núm. 191, de 30 de septiembre).

SEGUNDO.- Debido a la íntima conexión de los recursos reseñados en los antecedentes de la presente resolución y al ser el mismo órgano el que debe proceder a su tramitación y resolución, procede su acumulación, de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

TERCERO.- Los recursos han sido interpuestos por personas legitimada para ello de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de personas jurídicas que, a pesar de no haber concurrido a la licitación -a la vista de la documentación que consta en el expediente- consideran que sus intereses legítimos individuales resultan afectados por los pliegos recurridos, al exigir especificaciones técnicas que restringen sus posibilidades de acceder a



la misma y dificultan la libre competencia. Perjuicio que se pretende evitar con la interposición y posterior estimación de estos recursos.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 44 de la LCSP, los recursos especiales en materia de contratación interpuestos se refiere a uno de los contratos previstos en el artículo 44.1 de la LCSP, al tratarse de un contrato de suministro; su valor estimado supera los valores indicados en el artículo 44.1 a) de la citada Ley, y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública.

Asimismo, los pliegos son susceptibles de recurso en esta vía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2.a) de la LCSP.

QUINTO.- Por lo que se refiere al cumplimiento del requisito temporal para la interposición del recurso contra los pliegos, el artículo 50.1 b) de la LCSP dispone que el cómputo del plazo de 15 días hábiles *“se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación...”*.

En virtud de este precepto y a la vista de la fecha de publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público (5 de marzo de 2021) y de interposición de los recursos (19 y 22 de marzo de 2021), se concluye que se ha dado cumplimiento al requisito del plazo de interposición de los recursos previstos en el art. 50 de la LCSP y en el art. 22 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

SEXTO.- Una vez valorado el cumplimiento de los requisitos formales para recurrir, corresponde analizar el fondo del asunto, por lo que expondremos los motivos aducidos por las recurrentes, las alegaciones del órgano de contratación y la redacción literal de la cláusula del PCAP aplicable; para finalmente reflejar la posición de este Tribunal en el siguiente fundamento de derecho.

1. Motivos alegados por las recurrentes.



Las dos recurrentes alegan que la especificación técnica contenida en el PPT, consistente en que las mascarillas FFP2 se entreguen empaquetadas en 5 unidades, es arbitraria, injustificada y limitativa de la concurrencia.

POSITRONICA mantiene que este tipo de empaquetado es muy singular y limitado; que resulta antieconómico cuando lo habitual es empaquetarlas en paquetes de 20 unidades; que no responde a una mayor calidad, ni conservación, ni funcionalidad del producto y que, por lo tanto, restringe injustificada e innecesariamente la concurrencia *“ya que no permite a las empresas que viene produciendo este tipo de mascarillas poder licitar al presente concurso o les obligaría a llevar un cambio sustancial en su cadena de fabricación y empaquetamiento de las citadas mascarillas”*. Por ello, solicita que se declare su nulidad.

Por su parte, VALSONS alega que la exigencia de dicho empaquetado es desproporcionada y no está justificada en *“ninguna razón de orden técnico, organizativo, sanitario o de cualquier otra clase que pudiera justificar su imposición”* y limita de forma artificial la concurrencia. Añade que genera como consecuencia un sobre envasado del producto, provocando el consiguiente impacto medioambiental y el incumplimiento en materia de aplicabilidad de criterios de sostenibilidad y protección ambiental. Por ello, solicita que se modifique el PPT suprimiendo la exigencia de suministrar las mascarillas en embalaje de 5 unidades, con retroacción de actuaciones.

2. Informe del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación concluye, en su informe, que el recurso debe ser desestimado y alega que las exigencias de empaquetado recogidas en el PPT *“no limitan el principio de libre competencia ya que definen de forma clara y objetiva el objeto del contrato, siendo voluntad del órgano de contratación la presentación del empaquetado en paquetes de cinco de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir, sin que esto limite de modo alguno el principio de libre competencia”*

De otra parte, añade que han presentado ofertas un total de 32 licitadores *“lo cual pone de manifiesto que en ningún caso se está vulnerando el principio de libre competencia así como de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores que consagra el artículo 1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.”*



3. Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

La cláusula 2 del PPT es objeto de discusión en el presente recurso, en concreto, el apartado relativo al embalaje de las mascarillas objeto de suministro, cuyo tenor literal es el siguiente:

“2. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS.

*(...) **Embalaje** - Se deberá presentar empaquetado en paquetes de cinco. (...)*”

SÉPTIMO.- A la vista del expediente administrativo tramitado, de las alegaciones puestas de manifiesto por las recurrentes y de lo previsto en el PPT, analizamos el fondo de la cuestión debatida en este recurso.

Las recurrentes centran su fundamentación en la consideración de que la especificación técnica recogida en el PPT, relativa al empaquetado de las mascarillas FFP2 (en paquetes de 5 unidades), es arbitraria, injustificada y limitativa de la concurrencia.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe, defiende y cita, en su apoyo, la doctrina administrativa y jurisprudencial dictada en relación con la discrecionalidad de la que goza el órgano de contratación al determinar el objeto del contrato y sus especificaciones técnicas. Si bien, dicha discrecionalidad no se pone en duda. La cuestión debatida se centra en la vulneración o no de los límites a los que queda sujeta tal discrecionalidad.

1. Límites a la discrecionalidad del órgano de contratación al redactar los PPT.

El órgano de contratación, al redactar los pliegos, en general, y el PPT, en particular, no sólo debe respetar los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores, sino que debe velar *“en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia”*, evitando que se pueda impedir, restringir o falsear. Así le exige la LCSP en su artículo 1 y 132.3, así como el artículo 126.1 respecto de los pliegos de prescripciones técnicas, en virtud del cual, éstas *“proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”*.

En este recurso, el principio que se considera vulnerado por la recurrente es el de libre competencia, por tanto, debe comprobarse si dicha estipulación técnica impide o restringe la libre



competencia injustificadamente, teniendo en cuenta que los pliegos no sólo determinan la posibilidad de acceder a la licitación de los interesados, sino, además, los aspectos sobre los que versará la competición entre licitadores.

Las condiciones técnicas exigidas deben responder a una necesidad real para el órgano de contratación, porque de lo contrario se estaría restringiendo la competencia sin motivo alguno, evitando la exigencia de especificaciones técnicas innecesarias que limiten la concurrencia.

Al respecto, se ha pronunciado este Tribunal y más recientemente en **la Resolución 138/2021, de 19 de mayo**:

“lo que pretende el legislador con este precepto (artículo 126 LCSP) es garantizar el acceso de los licitadores y la concurrencia en los procedimientos de contratación, sin que el establecimiento en los PPT por parte del Órgano de Contratación de condicionantes técnicos injustificados para la ejecución o el fin del contrato pueda limitar o restringir la concurrencia.

Unido a lo anterior, debemos partir de la premisa de que es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate. Y es que la mayor o menor apertura de los contratos públicos a la competencia no supone, en todo caso, una infracción de los principios de libre concurrencia y de igualdad de trato cuando la supuesta menor apertura encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate y dichas necesidades están además debidamente justificadas en el expediente, excepción hecha de aquellos supuestos en que las prescripciones técnicas se definan en términos tales que solo exista un licitador que pueda cumplirlas, todo lo cual exige una prueba



adecuada y el examen objetivo de la concurrencia que haya podido existir en la licitación de que se trate.”

En los mismos términos se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en múltiples resoluciones, de las que extraemos la Resolución 20/2013, de 17 de enero:

“... considera necesario este Tribunal poner de manifiesto que la exigencia en el pliego de una concreta especificación técnica, como puede ser en este caso un tubo de polietileno con “rosca completa”, si lo que persigue es garantizar la hermeticidad del contenedor, requiere que ello venga determinado para atender a una necesidad que no pueda satisfacerse exclusivamente garantizando esa hermeticidad, en el supuesto que ésta sea la funcionalidad del suministro que se requiere, pues deberá ser la funcionalidad perseguida o requerida la que deba delimitar las especificaciones técnicas del producto cuyo suministro se solicita, so pena de incurrir en limitación de la concurrencia en el procedimiento.

Así pues, 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...”

En este caso concreto, el órgano de contratación se ciñe a negar que la exigencia del empaquetado de las mascarillas en paquetes de cinco unidades limite el principio de libre competencia porque:

- *“el objeto del contrato se define de forma clara y objetiva”*: cuestión que no ha sido objeto de reparo por parte de las recurrentes; y porque
- *“el empaquetado exigido obedece a las necesidades y funcionalidades que pretende cubrir”*: sin embargo, ni consta en el expediente de contratación, ni en el informe emitido con ocasión



de los recursos, los motivos por los que sólo ese empaquetado permitiría cubrir las necesidades y funcionalidades del Cabildo al licitar este suministro.

Con arreglo a lo recogido en la memora justificativa, se deduce que la finalidad del contrato es evitar la propagación del virus SARS-COV-2 dotando a los empleados públicos de EPIS (las mascarillas lo son) y justifica su necesidad ante la obligatoriedad de uso, siempre que no sea posible mantener una distancia de seguridad interpersonal de al menos un metro y medio.

Una vez detectada la necesidad que se quiere atender y, por tanto, el interés público que se busca satisfacer, la discrecionalidad de la que goza el órgano de contratación para definir el objeto del contrato y, en consecuencia, redactar los pliegos, no conlleva bajo ningún concepto actuar con arbitrariedad, sino todo lo contrario, deberá motivar la idoneidad del objeto del contrato y de las especificaciones técnicas exigidas para dar satisfacción a la necesidad detectada: evitar la transmisión del virus dotando a los empleados públicos de EPIS.

La entrega de paquetes de cinco mascarillas cada uno no añade valor alguno a la finalidad perseguida y, además, en este caso, carece de una justificación objetiva por parte del órgano de contratación que permita restringir la libre apertura de la licitación a la competencia.

La aplicación de este tipo de requisito puede obstaculizar la concurrencia porque, quienes oferten, por ejemplo, mascarillas envasadas individualmente o en paquetes de 20 envasadas a su vez individualmente, quedarían excluidos por no cumplir con las prescripciones técnicas mínimas requeridas para concurrir a la licitación. En todos estos casos, la finalidad del contrato, tal y como ha sido descrita, quedaría satisfecha por dichos licitadores; sin que conste razón alguna en el expediente que justifique la exigencia de un envasado en detrimento de otro para garantizar el fin perseguido.

Por su parte, el hecho de que 32 licitadores presentaran ofertas no constituye en sí mismo el dato que determina la no vulneración del principio de libre competencia. Si lo fuera, deberíamos preguntarnos a partir de qué número de ofertas presentadas debe entenderse que se restringe la competencia; lo que constituye un hecho es que a las recurrentes sí se les restringe sin justificación alguna por parte del órgano de contratación.



2. Conclusión.

Al no quedar probada en el expediente una necesidad real, objetiva y aceptable que justifique tal exigencia, se considera que dicha cláusula no es conforme a Derecho al incurrir en un vicio de anulabilidad, consistente en la infracción del principio de libre competencia, previsto en el artículo 1 de la LCSP, al verse restringida la libre concurrencia a la licitación.

Por ello, cabe estimar el recurso interpuesto declarando la nulidad de dicha especificación técnica, y con ella la del PPT en su totalidad, y ordenando, de acuerdo con el artículo 124 de la LCSP, retrotraer las actuaciones al momento procedimental previo a la aprobación del PPT para que se dicte un nuevo pliego ajustado a Derecho en el que se justifique dicha especificación técnica o se elimine; todo ello, sin perjuicio de que se conserven aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción, de conformidad con el artículo 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

De conformidad con lo expuesto y vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO. ACUMULAR los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por Don APH, en nombre y representación de la entidad VALSONS TRADERS EXPORTACIONES, S.L (REMC 61/2021) y Don JMPR, en nombre y representación de la entidad POSITRONICA, S.A. (REMC 64/2021) contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de suministro de mascarillas tipo FFP2, con destino a los empleados públicos del Cabildo Insular de Lanzarote (EXP. 16690/2020).

SEGUNDO.- ESTIMAR los recursos interpuestos por Don APH, en nombre y representación de la entidad VALSONS TRADERS EXPORTACIONES, S.L Don JMPR en nombre y representación de la entidad POSITRONICA, S.A. contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de suministro de mascarillas tipo FFP2, con destino a los empleados públicos del Cabildo Insular de Lanzarote (EXP. 16690/2020); declarando la nulidad de la



especificación técnica relativa al empaquetado de las mascarillas en paquetes de cinco, y con ella la del PPT en su totalidad; y ordenando retrotraer las actuaciones al momento procedimental previo a la aprobación del PPT para que se dicte un nuevo pliego ajustado a Derecho, en el que se justifique dicha especificación técnica o se elimine, sin perjuicio de que se conserven aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

CUARTO.- Notificar la presente Resolución a las partes interesadas en el procedimiento

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma solo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa.

**TITULAR DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS,**