

**Recurso 38/2016****Resolución 88/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 21 de abril de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **RÍO SAGRADO, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Suministro de retardante de largo plazo de aplicación aérea para la extinción de incendios forestales en la Comunidad Autónoma de Andalucía” (Expte. NET140352), convocado por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, ente instrumental adscrito a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

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

**PRIMERO.** El 27 de febrero de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado núm. 50, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento. Asimismo el mencionado anuncio fue publicado el 25 de febrero de 2016 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 1.230.000,00 euros.

**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 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por 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, en su redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

**TERCERO.** Con fecha 17 de marzo de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad mercantil RÍO SAGRADO, S.L. (en adelante RÍO SAGRADO) contra los pliegos que rigen la licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución; en su escrito de recurso solicitaba además la adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación.

**CUARTO.** Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal, de fecha 18 de marzo de 2016, 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 23 de marzo de 2016.

**QUINTO.** Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 18 de marzo de 2016, se solicita a RÍO SAGRADO que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la citada recurrente teniendo entrada en este Tribunal el 21 de marzo de 2016.



**SEXTO.** Previa petición de RÍO SAGRADO de adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación, y vistas las alegaciones presentadas por el órgano de contratación, este Tribunal en Resolución de 30 de marzo de 2016 acuerda la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro citado en el encabezamiento de la presente resolución.

**SÉPTIMO.** La Secretaría del Tribunal, el 29 de marzo de 2016 concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, habiéndose recibido en el plazo concedido para ello de la entidad BUDENHEIM IBÉRICA, S.L.U..

### **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.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**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 1.230.000,00 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 y en el Boletín Oficial del Estado se realizó el 27 de febrero de 2016, por lo que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir del día 28 de febrero de 2016, 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 17 de marzo de 2016 en el Registro de este Tribunal, este 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 anulen los pliegos con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio de licitación, a fin de que el órgano de contratación



acometa una nueva redacción de los mismos ajustada a sus pretensiones, convocándose una nueva licitación.

El recurso se funda en una serie de motivos que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

En el primer motivo del recurso la recurrente solicita la anulación parcial del apartado 3 “características de los suministros” y del anexo I del pliego de prescripciones técnicas (PPT), a fin de que, al margen de los polifosfatos amónicos, se admitan otros compuestos químicos que cumplan de modo equivalente las prescripciones técnicas de un producto retardante de largo plazo.

Procede, pues, exponer la exigencia del citado apartado 3 y del anexo I del PPT, en lo que aquí interesa. Así, se establece en ellos por un lado que “*El suministro que se requiere será de retardante de largo plazo constituido por polifosfatos amónicos*”, y por otro lado que “*Las características del producto ofertado deberán estar de acuerdo a los siguientes valores: (...) Solución acuosa de: Polifosfatos Amónicos (...)*”.

En definitiva, de conformidad con el PPT, el retardante de largo plazo a adquirir mediante la presente licitación ha de estar constituido necesariamente por polifosfatos amónicos.

Esta exigencia del PPT, a juicio de la recurrente, limita drásticamente la libre concurrencia de los licitadores en condiciones de igualdad; así sucede con su producto ofertado, según manifiesta, al ser un retardante de largo plazo basado en un compuesto nitrogenado al que, pese a reunir todos los requisitos exigidos en el PPT y resultar, a su juicio, más efectivo para el desarrollo de la prestación, se le restringe el acceso al contrato de suministro por no estar constituido por polifosfatos amónicos.

Entiende la recurrente que el acuerdo de adjudicación que deba adoptar el órgano de contratación quedará prejuzgado por la propia definición de las



especificaciones técnicas, favoreciendo el producto de polifosfatos amónicos que ha ofertado BUDENHEIM IBÉRICA, S.L.U. en todas las licitaciones precedentes convocadas por el mismo órgano de contratación.

Manifiesta la recurrente que la exigencia como requisito mínimo de un determinado compuesto químico (polifosfato amónico) cuya elección no se encuentra amparada por una referencia técnica específica ni tampoco en términos de rendimiento o exigencias funcionales -como exige el artículo 117.3 del TRLCSP-, acarrea la previsible consecuencia de que el único licitador susceptible de resultar adjudicatario sea BUDENHEIM IBÉRICA, S.L.U., suponiendo un obstáculo injustificado a la apertura de un contrato público a la competencia.

Señala asimismo la recurrente que el artículo 117.8 del TRLCSP previene acerca de la posibilidad de que unas especificaciones técnicas mencionen una fabricación, procedencia, procedimiento, marca, patente, o producción determinada o concreta, por lo que, a su juicio, la descripción del PPT cuando se refiere a polifosfatos amónicos, podría ser completada con una alusión a los productos equivalentes desde el punto de vista funcional, mediante una fórmula no excluyente que añadiese “o por otro compuesto químico que cumpla de modo equivalente las especificaciones técnicas de un producto retardante de largo plazo”.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso señala que tiene derecho a determinar el material que desea utilizar. Añade que como límite a dicha determinación de las prescripciones técnicas figura el respeto a los principios de igualdad de trato y apertura de los contratos públicos a la competencia, como establecen los artículos 1 y 117.2 del TRLCSP.

Señala el órgano de contratación que en lo que se refiere a la afirmación de la recurrente relativa a que las entidades del sector público deben definir con suficiente concreción la necesidad de contratar y deben evitar el otorgamiento de ventajas a unos licitadores frente a otros, la concreción adecuada existe en el pliego de prescripciones técnicas publicado y el otorgamiento de ventajas decae



por su propio peso ya que se han recibido tres ofertas en la licitación del expediente de referencia.

Se limita la concurrencia, puntualiza el órgano de contratación, cuando se establecen prescripciones técnicas que solo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto -según consta en informe técnico de fecha 23 de marzo de 2016- y estando este presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación concreta, determinada por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido.

Añade que la Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, sino que puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son los productores los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida; ello ocurre cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados en la presentación pedida, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto.

A estos argumentos, concluye el órgano de contratación, debemos unir las consideraciones recogidas en el citado informe técnico, de 23 de marzo de 2016, elaborado al efecto por la Subdirección de Incendios Forestales y Otras Emergencias Ambientales de la Agencia de Medio Ambiente y Agua, en base al cual se han definido las prescripciones técnicas de la licitación en cuestión en lo relativo a las características del producto; en particular, se transcribe el tenor literal del quinto párrafo de sus conclusiones:

"Respecto a los productos retardantes a base de nitratos, a la firma de este documento, no se conoce por esta subdirección ningún documento técnico, ni publicación científica, ni pruebas suficientemente objetivas que avale su



eficacia, ni porcentaje de concentración con garantías; las pruebas realizadas por esta Agencia confirman que el producto no reúne los requisitos técnicos mínimos para ser utilizado con las debidas garantías exigibles".

Visto lo alegado por las partes procede analizar el fondo del asunto. Cabe recordar que, de conformidad con el PPT, el retardante de largo plazo a adquirir mediante la presente licitación ha de estar constituido por polifosfatos amónicos, con exclusión, por tanto, de cualquier retardante de largo plazo que no esté basado en polifosfatos amónicos, como el es caso de la recurrente cuyo producto se basa en un compuesto nitrogenado.

Al respecto, para resolver el supuesto planteado en el presente alegato debe acudirse a lo dispuesto en los artículos 1, 86, 116.1 y 117.2 del TRLCSP, teniendo en cuenta que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP.

Por ello, como ha reconocido este Tribunal, entre las más recientes en las resoluciones 207/2015, de 2 de junio y 220/2015, de 10 de junio y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 652/2014, de 12 de septiembre, entre otras, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él.

El artículo 86 del TRLCSP, relativo al objeto del contrato, en su apartado 1 establece que el objeto del contrato deberá ser determinado y en su apartado 2 recoge la regla general de no fragmentación del contrato y de evitar su fraccionamiento artificial con la intención de soslayar los requisitos de publicidad o procedimiento, si bien en su apartado 3 establece que cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el



expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto del contrato en lotes, siempre que estos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Por su parte, 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”*.

En consonancia con lo anterior, el artículo 117.2 del TRLCSP 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”*.

Sobre estas normas tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como la Jurisprudencia y este Tribunal se han pronunciado, declarando la proscripción de previsiones de los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o el establecimiento de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas si estas circunstancias carecen de todo fundamento.

Asimismo, en la regulación del objeto de los contratos públicos, además de la remisión realizada a los artículos 86, 116.1 y 117.2 del TRLCSP, hay que remitirse a lo dispuesto en el artículo 1 del citado texto refundido: *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la*



*definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.*

Como vemos el citado artículo 1 establece como principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia, es decir, eficiente utilización de los fondos públicos, en palabras de dicho precepto legal. Sin embargo, también sanciona, como principios básicos y rectores de la contratación del sector público, la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia. Así las cosas, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios, eficacia y eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte, lo que debe erigirse en pauta para determinar la configuración del objeto del contrato -y, en su caso, la procedencia o no de fraccionarlo mediante su división en lotes-. No obstante, la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de contratación -o un lote de un procedimiento-, en sí mismo, no determina una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones, igualdad y no discriminación, cuando encuentra su justificación en las necesidades o fines a satisfacer mediante esa prestación.

En el presente supuesto la configuración del objeto del contrato estará condicionada a la eficacia y eficiencia de la contratación pública, por un lado y a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia por otro.

A) En cuanto a la eficacia y eficiencia de la contratación pública, este Tribunal comparte lo manifestado por el órgano de contratación, cuando justifica en el citado informe técnico, de 23 de marzo de 2016, elaborado al efecto por la Subdirección de Incendios Forestales y Otras Emergencias Ambientales de la Agencia de Medio Ambiente y Agua, la necesidad de que los retardantes de largo plazo deban estar constituidos por polifosfatos amónicos. En concreto en dicho informe se concluye, entre otras cosas, lo siguiente:



*“- Las publicaciones técnicas y científicas sobre usos de retardantes de largo plazo a nivel nacional e internacional, verifican la existencia de varios productos y fabricantes en el mercado, que se usan como retardantes de largo plazo con una base común de polifosfatos. A modo de ejemplo, en anteriores licitaciones de la Agencia se presentaron dos empresas con productos en base de polifosfatos que cumplieron todas las prescripciones y se adjudicó a la mejor oferta técnico-económica. En la licitación actualmente en curso, ambas empresas han vuelto a licitar, además de la recurrente.*

*- Las prescripciones técnicas de los pliegos del expediente NET140352 se han realizado considerando y actualizando la documentación oficial y pública conocida en materia de retardantes de largo plazo, considerando la opinión de la Consejería de Medio Ambiente como dirección del Plan INFOCA y consultando tanto los pliegos de otras Comunidades Autónomas y Ministerio de Medio Ambiente, como sobre todo a otros Organismos públicos especializados de índole nacional e internacional (Universidad de Córdoba y publicaciones del USDA Forest Service entre otros).*

*- Los únicos informes técnicos conocidos por la Subdirección de incendios forestales y otras emergencias ambientales que existen publicados sobre retardantes de largo plazo para incendios forestales, su utilización, concentración, sus resultados y los ensayos de eficacia, son de productos con soluciones de polifosfato.*

*- Respecto a los productos retardantes a base de nitratos, a la firma de este documento, no se conoce por esta subdirección ningún documento técnico, ni publicación científica, ni pruebas suficientemente objetivas que avale su eficacia, ni porcentaje de concentración con garantías; las pruebas realizadas por esta Agencia confirman que el producto no reúne los requisitos técnicos mínimos para ser utilizado con las debidas garantías exigibles.*

*- Es objetivo prioritario de la Consejería de Medio Ambiente y la Agencia de Medio Ambiente y Agua, velar por la eficacia y eficiencia del dispositivo INFOCA, esta eficacia en la extinción de incendios forestales provoca que*



*sus trabajadores tengan una menor exposición al riesgo durante el menor tiempo posible.*

*- Se trata de cuestiones de Seguridad y Prevención de Riesgos Laborales de los trabajadores, tanto de aquellos que trabajan directamente en 1.ª línea de fuego a pie de llama (con la consiguiente afección directa de la eficacia de estos productos), como de todos aquellos trabajadores que participan en la extinción de un incendios forestal, debido a que cuanto antes se controle dicho incendio, menor riesgo de accidentes existe durante las labores de extinción.*

*- Las Administraciones Publicas que gestionan un servicio de Extinción de Incendios forestales, prestación que da servicio a la población, deben de velar por la igualdad de oportunidades entre licitadores, siempre con unos mínimos de garantía, que le aseguren que la inversión del dinero público se realiza con unos requisitos que atestigüen el buen hacer del elevado importe que se compromete con la adquisición de este tipo de productos.”*

En definitiva, la determinación del objeto del contrato se ha realizado dentro de la facultad discrecional de la Administración a quien corresponde apreciar las necesidades que pretende satisfacer con el contrato, estando, a juicio de este Tribunal, suficientemente justificada la necesidad de la presente contratación de suministro de retardantes de largo plazo basados en polifosfatos amónicos.

B) En cuanto a que la configuración del objeto del contrato estará condicionada a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, hemos de recordar que conforme hemos analizado anteriormente, es el resultado de la ponderación conjunta de los principios de eficacia y de eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte, lo que debe erigirse en pauta para determinar la configuración del objeto del contrato.

No obstante, la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de contratación, en sí mismo, no determina una infracción de los



principios de competencia, libre acceso a las licitaciones, igualdad y no discriminación, cuando encuentra su justificación en las necesidades o fines a satisfacer mediante esa prestación. De modo que la exigencia de unas condiciones técnicas de la prestación que limite la oferta sin una mayor satisfacción de las necesidades previstas, deberá ser anulada, por excluir sin motivo alguno, eventuales licitadores que pudieran participar en la licitación.

Pues bien, en este caso, analizadas las alegaciones de la recurrente y las explicaciones ofrecidas por el órgano de contratación, entiende este Tribunal que la configuración del objeto del contrato no establece requisitos técnicos, como es la adquisición de retardantes de largo plazo basados en polifosfatos amónicos, que puedan considerarse desproporcionados con las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato, estando debidamente justificada la razón de esta exigencia. Para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato solo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, circunstancias que, a juicio de este Tribunal, no se dan en la presente licitación, pues a parte de la recurrente se han presentado dos ofertas más.

En todo caso, y como alega el órgano de contratación, el polifosfato amónico está presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo. El órgano de contratación no tiene porque ajustarse necesariamente a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, sino que puede exigir una determinada presentación ajustada a sus necesidades, y son los productores los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida; ello ocurre cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados en la presentación pedida, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto.



En consecuencia, debe entenderse que la exigencia de los requisitos técnicos de adquisición de retardante de largo plazo basado en polifosfatos amónicos que se cuestiona, entra dentro de la discrecionalidad técnica que le corresponde al poder adjudicador, sin que en el presente caso haya quedado acreditado que los mismos supongan una restricción efectiva de la competencia.

No puede aceptarse la pretensión de la recurrente que, con apoyo en el artículo 117.8 del TRLCSP, sugiere que la descripción del PPT, cuando se refiere a polifosfatos amónicos, podría ser completada con una alusión a los productos equivalentes desde el punto de vista funcional, mediante una fórmula no excluyente que añadiese “o por otro compuesto químico que cumpla de modo equivalente las especificaciones técnicas de un producto retardante de largo plazo”, pues entiende este Tribunal que el presente supuesto de adquisición de retardantes de largo plazo basados en polifosfatos amónicos no tiene encaje en el citado artículo, toda vez que dichas especificaciones técnicas no mencionan una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacen 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.

Así las cosas debemos concluir que el órgano de contratación ha efectuado una opción legítima y ajustada a la ley, no arbitraria, al determinar sus necesidades y los medios con que quiere cubrirlas, esto es la adquisición de retardantes de largo plazo basados en polifosfatos amónicos y el que haya habido pocos oferentes -tres entidades licitadoras incluida la recurrente- es una circunstancia ajena al órgano de contratación y objetiva, debiendo proveerse la recurrente, si quiere licitar, a través de otros fabricantes si ella misma no los fabricara, o no en la cantidad suficiente.

En consecuencia, en el caso objeto de este procedimiento no puede afirmarse que el órgano de contratación al definir el objeto contractual haya conculcado los principios de igualdad y concurrencia restringiendo la competencia.

Procede, pues, la desestimación de este primer motivo del recurso.



**SEXTO.** En el segundo motivo del recurso la recurrente solicita la anulación parcial del apartado 7 “Pedidos y plazos de entrega” del PPT, en el sentido de que se modifique la cuantía -en litros de producto concentrado- que será objeto del primer pedido, atendiendo a los distintos porcentajes de concentración o mezcla de agua que contempla el anexo I del PPT.

Procede, pues, exponer la exigencia del citado apartado 7 del PPT, en lo que aquí interesa. Así, se establece en el mismo que “(...) *El primer pedido de retardante será de 160.000 litros de producto concentrado, aproximadamente. El resto de los litros será pedido en función de la necesidad y con los condicionantes que se relacionan a continuación (...)*”.

A juicio de la recurrente, y teniendo en cuenta que el producto de la entidad BUDENHEIM IBÉRICA, S.L.U. tiene un porcentaje de concentración o mezcla en agua del 20% y el suyo del 10%, los 160.000 litros de producto concentrado que se exigen en el primer pedido se convierten en 800.000 y 1.600.000 litros, respectivamente, de producto terminado, lo que teniendo en cuenta la cantidad anual estimada por el órgano de contratación en el anexo II-A del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), evidencia que los cálculos para el primer pedido a suministrar se acomodan a las condiciones y características técnicas del producto ofertado por el licitador que ha resultado adjudicatario de los anteriores procedimientos de adjudicación (BUDENHEIM IBÉRICA, S.L.U.).

Resulta muy elocuente, enfatiza la recurrente, que si ella fuese la adjudicataria superaría en el primer pedido de retardante la cantidad estimada para todo el año, lo que permite deducir que el contenido de los pliegos es proclive a los intereses de un concreto licitador, con la consabida vulneración de los principios de libre concurrencia e igualdad de trato.

Pues bien, este Tribunal no puede darle la razón a la recurrente que se basa en meras elucubraciones y sospechas. El órgano de contratación ha establecido un primer pedido de producto concentrado -según el anexo I del PPT puede llegar



hasta una concentración del 20%-, con dicha cantidad de producto concentrado el órgano de contratación se asegura el acopio de producto necesario, aun en el supuesto de que el producto adjudicado fuese el de mayor porcentaje de concentración. Será a su riesgo y ventura el hecho de que el producto adjudicado sea de menor concentración y, por ello, haya de acopiar en el primer pedido más producto terminado que el que, efectivamente, pueda necesitar.

Qué duda cabe que para evitar estas posibles disfuncionalidades hubiese sido más efectivo exigir -por parte del órgano de contratación- en el primer pedido los litros en función del producto terminado y no del producto concentrado, pero tal decisión entra en su esfera de discrecionalidad que en el presente supuesto, y a juicio de este Tribunal, no vulnera los principios de libre concurrencia e igualdad de trato.

Procede, pues, desestimar este segundo motivo del recurso.

**SÉPTIMO.** En el tercer motivo del recurso la recurrente solicita la anulación del anexo III-B del PCAP, relativo a la documentación que acredita la solvencia económica y financiera de los licitadores, con retroacción de las actuaciones para que se incluyan otros criterios de solvencia complementarios que garanticen la igualdad y libre concurrencia en el proceso de licitación.

Procede, pues, exponer la exigencia del citado anexo III-B “Documentación acreditativa de los requisitos previos. Solvencia económica y financiera” del PCAP. Así, se establece en el mismo que “*La solvencia económica y financiera se acreditará por el medio que se señala a continuación:*

*1. Declaración relativa a la cifra anual de negocios, del licitador o candidato que, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año, esto es de al menos 922.500,00 €.*

*El volumen anual de negocios del licitador se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera*



*inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil”.*

Alega la recurrente en cuanto a la documentación acreditativa de los requisitos de solvencia económica y financiera que contempla el PCAP, una evidente restricción que supone una vulneración del principio de proporcionalidad en esta materia. Señala que el requisito exigido en el citado anexo III-B del PCAP no cumple con la finalidad perseguida en la exposición de motivos y en el artículo 1 del TRLCSP, conforme a los cuales el objetivo principal de la norma es garantizar que la contratación se ajusta a los principios de acceso a las licitaciones, prohibiendo toda discriminación que favorezca a determinadas empresas.

Asimismo, sigue manifestando la recurrente, el medio exigido para justificar la solvencia económica y financiera transgrede la prohibición de conductas colusorias fijado en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, el cual proscribe todo acuerdo o práctica individual o colectiva que impida o infrinja la libre competencia mediante el establecimiento de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa respecto de otros y que, por su naturaleza, no guarden proporción con el valor económico del contrato.

En definitiva, entiende la recurrente que el requisito consistente en acreditar la solvencia económica y financiera única y exclusivamente a través de la cifra anual de negocios —en un importe tan elevado- resulta desproporcionado al interés económico y técnico del contrato vedando la posibilidad de participación de la mayoría de licitadores y privilegiando a empresas de gran envergadura (esencialmente a BUDENHEIM IBÉRICA, S.L.U.). De este modo, el criterio podría ser claramente abusivo debido a su naturaleza subjetiva que prima a las grandes empresas, en perjuicio de otras



que, aspirando a ser contratistas -como en el caso de RÍO SAGRADO, S.L.-, no están incursas en causa de prohibición, concurso o insolvencia.

Concluye la recurrente que como parámetro de apreciación puede tenerse en cuenta el criterio de solvencia de contrataciones anteriores -de la misma prestación por el mismo órgano de contratación-, en donde se permitían varios medios de acreditación, admitiendo la necesaria adecuación a las circunstancias económicas y de mercado y al ajuste de las prestaciones del actual contrato. Si observamos las actuales circunstancias del entorno socioeconómico y atendemos a los requisitos contemplados en licitaciones precedentes -con el mismo objeto-, la exigencia de acreditar la solvencia financiera a través de un único medio (declaración de cifra anual de negocios) excede lo necesario a fin de seleccionar un contratista adecuado para suministrar los retardantes de largo plazo y garantizar su capacidad de ejecución; resulta desproporcionado en relación con el objeto del contrato al beneficiar de manera injustificada a las grandes empresas (en especial, a BUDENHEIM IBÉRICA, S.L.U.).

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso señala que los argumentos relativos a la solvencia económica y financiera manifestados por la recurrente en su recurso carecen de fundamento ya que la solvencia económica y financiera exigida en el PCAP se ajusta a los requisitos legales establecidos para ello en el apartado 4 del artículo 11 del RGLCAP.

Visto lo alegado por las partes procede examinar la cuestión suscitada. Al respecto, debemos tener en cuenta que la convocatoria de esta licitación se publicó el 27 de febrero de 2016, una vez que ya había entrado en vigor -5 de noviembre de 2015- el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto.

El citado Real Decreto 773/2015 determinó la entrada en vigor de la nueva redacción dada por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, a los artículos 65.1 y 75 a 78 y 79 bis del TRLCSP, toda vez que la disposición transitoria cuarta del TRLCSP -también modificada por la citada Ley 25/2013- condicionaba la entrada en vigor de aquella nueva redacción de los preceptos citados a lo que se



estableciera en las normas reglamentarias de desarrollo del mencionado texto refundido, desarrollo reglamentario que se ha producido con el mencionado Real Decreto 773/2015.

Por tanto, son de aplicación a esta licitación los artículos 75 a 79 bis del TRLCSP en la redacción dada por la ley 25/2013, de 27 de diciembre.

De ellos, el artículo 75 del TRLCSP relativo a la acreditación de la solvencia económica y financiera establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

*“1. La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:*

*a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.*

*(...)*

*2. La acreditación documental de la suficiencia de la solvencia económica y financiera del empresario se efectuará mediante la aportación de los certificados y documentos que para cada caso se determinen reglamentariamente. En todo caso, la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de las Administraciones Públicas acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de solvencia económica y financiera del empresario.*

*3. En el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia económica y financiera de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa del importe mínimo, expresado en euros, de cada uno de ellos. En su defecto, la acreditación de la solvencia económica y financiera se efectuará según lo dispuesto a tales efectos en el apartado 1 del artículo 65 de la Ley.”*



Efectivamente, el artículo 67 del RGLCAP, al establecer el contenido que habrá de tener el PCAP, desarrolla los medios de solvencia con relación a los contratos de servicios. La norma en su apartado 5.b).1º, en lo que aquí interesa, establece lo siguiente:

*“5. En los contratos de suministro los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2, contendrán los siguientes:*

*(...)*

*b) Criterios de selección del contratista.*

*(...)*

*1.º Criterios de selección relativos a la solvencia económica y financiera del empresario que se aplicarán, especificando uno o varios de entre los siguientes:*

*• Cifra anual de negocios, o bien cifra anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, en los tres últimos años, con indicación expresa del valor mínimo exigido.*

*(...).”*

Asimismo, el primer párrafo del artículo 79 bis del citado texto refundido, relativo a la concreción de los requisitos y criterios de solvencia, establece que *“La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos reglamentariamente para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos.”*



Visto lo anterior y con respecto al objeto de la controversia, este Tribunal ya ha tenido la ocasión de manifestarse en diversas ocasiones (cfr. resoluciones de este Tribunal 41/2016, de 18 de febrero y 77/2016, de 21 de abril); así la concreción en los pliegos de los medios y criterios de selección de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional es una cuestión que los órganos de contratación deberán solventar escogiendo uno o varios de los relacionados en el artículo 75.1 del TRLCSP -para la solvencia económica y financiera- y en el caso de los contratos de suministro eligiendo uno o varios de los establecidos en el artículo 77.1 del TRLCSP -en tanto regula la solvencia técnica-, a lo que hay que añadir actualmente la regulación contenida en el artículo 67 del RGLCAP -anteriormente reproducida para el caso de la solvencia económica y financiera en lo que aquí interesa-, así como las previsiones contenidas en el artículo 11.4 del RGLCAP con relación a la determinación de los criterios de selección de las empresas.

En este sentido, y como se ha podido observar, el medio de selección de la solvencia económica y financiera exigido en el anexo III-B del PCAP -volumen anual de negocios- se corresponden con uno de los contenidos en el artículo 75.1 del TRLCSP, en concreto con el primero de ellos, desarrollado en el artículo 67.5.b).1º del RGLCAP.

Según ha podido constatar este Tribunal, la regulación contenida en ambas normas ha sido respetada en la graduación del medio de acreditación de la solvencia económica y financiera en concordancia con lo previsto en la norma. En este sentido, se especifica que el medio elegido es el volumen anual de negocios del licitador en los últimos tres años indicando el valor mínimo exigido.

Con respecto al valor mínimo exigido, el artículo 75.1.a) del citado texto legal expresa que ha de serlo por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación y en los pliegos del contrato, concretándose en el anexo III-B del PCAP que dicho importe deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año -como ocurre en el presente supuesto que la duración del contrato es un año-. Por tanto, este



extremo también ha quedado debidamente determinado, cumpliendo con lo previsto normativamente en el citado artículo 75 del TRLCSP. Resta, pues, analizar si la graduación que ha efectuado el órgano de contratación -una vez y media el valor estimado del contrato- resulta proporcional al objeto de la prestación.

Este Tribunal ya ha tenido la ocasión de manifestarse en numerosas ocasiones acerca de la libertad que asiste al órgano de contratación a la hora de elegir entre los diferentes medios que la ley prevé siempre que se respete lo establecido en el artículo 62.2 del TRLCSP en tanto que *“los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”*.

Así, en la Resolución de este Tribunal 231/2015, de 29 de junio, se indicaba, aludiendo a su vez a la 33/2015, de 14 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que *“(…) la solvencia exigible ha de estar relacionada con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no.”*

Y es que nos encontramos claramente ante una cuestión de carácter puramente técnico y que entra dentro de las facultades discrecionales que tiene el órgano de contratación a la hora de definir sus necesidades. En este sentido se ha manifestado este Tribunal en su Resolución 107/2015, de 25 de marzo, manifestando que no estamos ante una cuestión jurídica que pueda entrar a enjuiciar este Tribunal, que solo podría pronunciarse si el órgano de contratación hubiera incurrido en un error ostensible y manifiesto, o que se hubiese infringido una reglamentación legal al respecto, pero nunca simplemente por resultar la opción elegida por el órgano de contratación no acorde con el parecer de la recurrente, por lo que este Tribunal concluye que la exigencia de que el volumen mínimo anual de negocio -referido al año de mayor



volumen de los tres últimos-, exigido para acreditar la solvencia económica y financiera sea de al menos una vez y media el valor estimado del contrato, esto es de al menos 922.500 euros, no resulta desproporcionado en virtud de la doctrina examinada.

Ello se desprende también -como menciona el órgano de contratación- del artículo 11 apartado 4.a) del RGLCAP que prevé, para el supuesto de que no se establezcan en los pliegos los criterios y requisitos de acreditación de la solvencia económica y financiera que: *“El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año. El volumen anual de negocios del licitador o candidato se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.”*, lo que apoya la tesis sostenida por este Tribunal, pues en caso de que no se concrete debidamente el requisito de solvencia económica y financiera en los pliegos, la norma prevé, exactamente, el mismo criterio de selección que el establecido por el órgano de contratación en el PCAP.

Por todo ello y habiendo comprobado este Tribunal que los medios y criterios de selección para la acreditación de solvencia económica y financiera son acordes a derecho y proporcionales al objeto del contrato, procede la desestimación de este tercer y último motivo del recurso.

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



## ACUERDA

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **RÍO SAGRADO, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Suministro de retardante de largo plazo de aplicación aérea para la extinción de incendios forestales en la Comunidad Autónoma de Andalucía” (Expte. NET140352), convocado por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, ente instrumental adscrito a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

**SEGUNDO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**TERCERO.** 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 30 de marzo de 2016.

**CUARTO.** 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.

