

Recurso 269/2021
Resolución 491/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 25 de noviembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INNOVACIONES TECNOLÒGIQUES, S.A** contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato denominado “Suministro e instalación de pasillos y plataformas de hormigón para las playas de Boliches-Gaviotas y Carvajal del municipio de Fuengirola”, promovido por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga) (Expte. 027/2021-CONTR), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 de mayo de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento. El citado anuncio fue, asimismo, publicado el 20 de mayo de 2021 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, poniéndose los pliegos a disposición de los interesados en el citado perfil el 21 de mayo de 2021.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 413.165,71 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 11 de junio de 2021, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad INNOVACIONES TECNOLÒGIQUES, S.A (INNOVACIONES, en adelante) contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato referenciado.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, siendo recibida la misma con posterioridad en el registro de este Órgano.

El 24 de junio de 2021, este Tribunal dictó resolución denegando la medida cautelar de suspensión solicitada por la entidad recurrente.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, las ha formulado la entidad PREFABRICADOS LÓPEZ MOCHÓN, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga) no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP. A tal efecto, aun cuando no consta que haya presentado oferta en la licitación, los motivos en que fundamenta su impugnación ponen de manifiesto que el contenido de los pliegos le origina un perjuicio y merma su posibilidad de acceso en condiciones de igualdad efectiva con el resto de potenciales licitadores; lo cual pretende remediar con el dictado de una resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el pliego de prescripciones técnicas (PPT) de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 b) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) 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 se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...).”

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 20 de mayo de 2021, poniéndose los pliegos a disposición de los interesados en el citado perfil al día siguiente. Por tanto, el recurso presentado el 11 de junio de 2021 en el registro electrónico de este Tribunal se ha formalizado en plazo.



QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

La recurrente solicita la anulación del PPT y en concreto de la característica técnica establecida para las tarimas de hormigón de 1,50 metros x 1 metro x 0,12 metros (apartado 2.1 del PPT) y para las tarimas de hormigón de 1,80 metros x 1 metro x 0,12 metros (apartado 2.2 del PPT) relativa en ambos casos a que *“La superficie vista estará libre de coqueras y fisuraciones”*.

En síntesis, funda su pretensión en los siguientes argumentos:

1. Ante la consulta formulada por ella al órgano de contratación, este ha interpretado que el anterior requisito técnico se consigue con el procedimiento de *“vibro moldeado”*. Por ello, de acuerdo con dicha consulta el Ayuntamiento quiere imponer una modalidad de procedimiento de fabricación de las placas (vibro moldeado), en lugar de *“vibro prensado”*. Se imponen, pues, condiciones de fabricación determinadas que *“favorecen a una de las empresas que se presentarán a la licitación y que ya tiene pasarelas instaladas en las playas del municipio, impidiendo además la selección de la oferta económicamente más ventajosa y limitando la libre competencia entre los posibles licitadores.”*
2. Se trata de un requisito técnico carente de justificación y arbitrario que tiene como finalidad permitir al Ayuntamiento adjudicar las mismas placas de hormigón que ya tiene instaladas. Se vulneran los principios básicos de la contratación pública consagrados en el artículo 1 de la LCSP.
3. Es imposible fabricar una placa completamente libre de coqueras y fisuraciones con independencia del procedimiento empleado. El término *«coqueras»* está definido por las instrucciones en materia de hormigón vigentes como *«el encapsulado de aire en el exterior de la matriz cementosa derivado de la reacción química del proceso de formación del hormigón»*. Por tanto, la total ausencia de coqueras en cualquier elemento de hormigón es prácticamente imposible; sin que, por otro lado, la existencia de coqueras ponga en riesgo la estabilidad ni durabilidad de las pasarelas de hormigón.

Como medio de prueba adjunta fotografías de las pasarelas existentes donde, según afirma, *“se puede observar que absolutamente todas las placas no están libres de coqueras”*.

Frente al contenido del recurso se alza el órgano de contratación en su informe al mismo esgrimiendo lo siguiente:

1. Que goza de una facultad discrecional a la hora de configurar el objeto del contrato mediante la determinación de las características técnicas de la prestación a contratar conforme a las necesidades públicas que se pretenden satisfacer con el contrato. Además, la recurrente no acredita que la exigencia técnica impugnada resulte arbitraria, inviable o imposible de cumplir por cualquier operador, como tampoco que suponga una restricción injusta a la libre concurrencia con el objetivo de adjudicar el contrato al suministrador de las placas de hormigón ya instaladas, *“pues si bajo su criterio es técnicamente imposible de cumplir el mencionado requisito del pliego, tampoco ninguna de las empresas del mercado, incluida la suministradora anterior, estarían en disposición de cumplirlo, lo que resulta contradictorio con el planteamiento de que con dicho requisito se pretende favorecer a la adjudicataria anterior (...)”*.
2. Que la característica técnica impugnada no se refiere a un proceso de fabricación determinado, sino al resultado final del producto; tampoco cierra la contratación a una solución única y el hecho de que la configuración del objeto del contrato impida participar a algún licitador por razón de que sus productos no



respondan a la demanda del órgano de contratación, ello no implica que se estén infringiendo los principios de libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación.

Asimismo, el órgano de contratación ha adjuntado también un informe emitido por la persona técnica del servicio de playas en el que se manifiesta que:

1. En la definición de oquedad o coquera no queda estipulada el tamaño de la misma, tampoco en el Código Técnico de la Edificación, ni en la Instrucción EHE-08 (hormigón estructural). *“En el caso que nos ocupa, especificamos que la superficie esté libre de coqueras pudiendo existir mínimas e insignificantes porosidades, no causando ningún perjuicio al usuario. Un ejemplo claro lo tienen en las plataformas ya colocadas en otras playas de Fuengirola, donde las porosidades no superan los 3-4 mm., algo insignificante, casi inapreciables, no catalogándose coquera, ya que ni pone en riesgo al usuario, ni puede producir un punto por el cual pueda deteriorarse la plataforma prefabricada”.*

2. Con el requisito del PPT relativo a superficie libre de coqueras, *“se pretende conseguir una superficie lisa, sin resaltes ni irregularidades que puedan dañar o resultar incómodo para caminar descalzo sobre las mismas. Se debe tener en cuenta que estas pasarelas se sitúan en las playas, lugar donde los bañistas se desplazan descalzos hacia las duchas y los accesos, y por tanto, se pretende prevenir cualquier resalte que pueda resultar cortante o dañino para los usuarios.*

En las pasarelas situadas en las playas en este momento, existen porosidades de dimensiones milimétricas, que no se podrían considerar coqueras, bajo el criterio de la informante.

(...)no se pretenden adquirir las mismas placas de hormigón, sino que sean de similares características a las ya instaladas.

(...) En la fotografía que se muestra en el recurso, (página 4/32), se observan roturas en el lateral de la pieza, con los datos que se muestran en la foto, únicamente se puede confirmar el proveedor (Prefabricados López), no que sean pasarelas situadas en el municipio de Fuengirola”.

Por último, la entidad interesada en sus alegaciones al recurso esgrime, en síntesis, que la recurrente no acredita los motivos de su pretensión y que solo busca rebajar el nivel de calidad que prevé el PPT.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal .

Como dato previo, hemos de señalar que la recurrente impugnó, ante este Tribunal, la exclusión de su oferta de una licitación anterior promovida por el Ayuntamiento de Fuengirola; la causa de su exclusión fue el incumplimiento del PPT, estableciendo dicho pliego el mismo requisito técnico que ahora prevé el PPT de la nueva licitación y es objeto de la presente impugnación. Como quiera que el recurso fue desestimado en nuestra Resolución 411/2019, de 3 de diciembre, entre otras razones, por considerar este Tribunal que la ahora recurrente se había aquietado al contenido de los pliegos cuyas exigencias técnicas eran ya previsiones firmes e inalterables, INNOVATIONS impugna -en esta nueva licitación promovida- el requisito técnico del PPT expuesto en el anterior fundamento de derecho, cuyo incumplimiento fue determinante de la anterior exclusión de su proposición.

Tras este dato previo que permite situar el origen de la actual controversia, hemos de examinar las alegaciones de las partes partiendo de la doctrina de este Tribunal a propósito del establecimiento de las prescripciones técnicas en los pliegos.



En nuestra Resolución 344/2021, de 23 de septiembre, señalábamos lo siguiente:

«(...) debe partirse de lo dispuesto en el artículo 126. 1 de la LCSP conforme al cual “Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, 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”. Así pues, siendo la concurrencia e igualdad de trato principios básicos de la contratación pública conforme al artículo 1 del citado texto legal, el respeto a tales principios en el establecimiento de las prescripciones técnicas es un postulado legal indiscutible; no obstante, tampoco debe olvidarse que lo que se proscribe legalmente es el establecimiento de restricciones u obstáculos injustificados a la concurrencia o dicho de otra manera, el precepto legal no impide que, con una justificación adecuada, concreta y ajustada a las necesidades públicas que el contrato ha de satisfacer conforme al artículo 28.1 de la LCSP, se puedan establecer prescripciones técnicas no accesibles a todas las potenciales licitadoras.

En el sentido expuesto, es doctrina acuñada por este Tribunal (v.g. Resoluciones 401/2020, de 19 de noviembre y 8/2021, de 21 de enero, por citar algunas de las más recientes) que el órgano de contratación goza de discrecionalidad en la configuración de la prestación y de sus características técnicas, siempre y cuando las mismas encuentren adecuado fundamento y justificación en las necesidades y fines perseguidos por la contratación proyectada. Como señalábamos en nuestra Resolución 401/2020, de 19 de noviembre, reiterando a su vez doctrina previa de este Órgano, “es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas 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, como sucede en el caso enjuiciado.

Así, si una concreta especificación técnica está suficientemente justificada por el órgano de contratación o por su personal técnico, resulta del todo imposible que este Tribunal pueda desvirtuar con argumentos jurídicos el razonamiento técnico que da cobertura a la especificación técnica de que se trate (...).

Asimismo, no debe olvidarse que lo que prohíbe el artículo 126.1 de la LCAP es el establecimiento de prescripciones técnicas que, de modo injustificado, creen obstáculos a la apertura de la contratación pública a la concurrencia”.

Por otro lado, en nuestra Resolución 8/2021, de 21 de enero, compartíamos el criterio sostenido por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en su Resolución 425/2019, de 2 de octubre, al afirmar que “(...) se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores (tal y como manifiesta el órgano de contratación) 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. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, 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”».

A la luz de las alegaciones vertidas por las partes y aplicando la doctrina expuesta al supuesto analizado, caben extraer las siguientes conclusiones:

1. La característica técnica del PPT, objeto de impugnación y consistente en que la superficie vista de las tarimas de hormigón esté libre de coqueras y fisuras, no parece un requisito arbitrario e injustificado. Como señala el informe técnico que remite el órgano de contratación, con dicha exigencia se pretende conseguir una superficie lisa, sin resaltes ni irregularidades que puedan resultar cortantes o dañinas para los usuarios de las playas. Así las cosas, el hecho de que este requisito técnico no pueda ser cumplido por cualquier licitador -en este caso, la recurrente- no significa sin más que el mismo sea restrictivo de la concurrencia e infrinja principios básicos de la contratación pública. Lo que prohíbe el artículo 126.1 de la LCS es el establecimiento de prescripciones técnicas que tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia, no de prescripciones que, permitiendo una mejor satisfacción de las necesidades públicas y hallándose adecuadamente motivadas, no puedan ser cumplidas por todos los proveedores existentes en el mercado.
2. Es el órgano de contratación quien, dentro de su ámbito de discrecionalidad, ha de configurar el objeto del contrato y sus prescripciones en atención a las necesidades públicas que debe satisfacer. En este caso, una característica técnica como la impugnada, claramente dirigida a evitar riesgos o posibles daños a los usuarios de las playas, debe considerarse justificada y respetuosa con los postulados del artículo 126 de la LCSP; siendo los potenciales licitadores o productores los que, si desean participar en la licitación, habrán de ajustarse a las exigencias de los pliegos y no a la inversa.
3. Del contenido del PPT no se infiere que estén imponiendo un procedimiento de fabricación determinado -lo que proscribía con carácter general el artículo 126.6 de la LCSP-. La característica técnica impugnada “*La superficie vista estará libre de coqueras y fisuraciones*”, solo busca un resultado en el producto a suministrar -que esté libre de coqueras- con independencia de cuál sea el proceso de fabricación que pueda conseguirlo. Asimismo, se han presentado tres ofertas a la licitación, según resulta del listado de licitadores remitido a este Tribunal por el órgano de contratación, lo que *prima facie* permite afirmar que existe más de un proveedor en el mercado con capacidad de suministrar el producto con las características exigidas.
4. Tampoco cabe acoger el alegato de la recurrente de que el PPT establece un requisito de imposible cumplimiento. Esta afirmación puede resultar contradictoria con la vertida por la propia recurrente acerca de que el citado pliego está imponiendo una condición de fabricación que favorece a un licitador determinado; pues, si se tratare ciertamente de un requisito técnico de imposible fabricación, ningún licitador podría cumplirlo y la licitación tendría que quedar desierta.

Además, como se señala en el informe técnico que remite el órgano de contratación, ni en el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, ni en la Instrucción de Hormigón Estructural (EHE-08) se estipula cuál es el tamaño de la coquera. El artículo 75 de esta última, bajo el título “*Acabado de superficies*”, solo señala que “*Las superficies vistas de las piezas o estructuras, una vez desencofradas o*



desmoldeadas, no presentarán coqueras o irregularidades que perjudiquen al comportamiento de la obra o a su aspecto exterior". Así pues, cabe sostener que, con la prescripción técnica impugnada, el órgano de contratación únicamente pretende garantizar que los productos a suministrar -las tarimas de hormigón- no presenten irregularidades que pongan en riesgo al usuario, ni perjudiquen o deterioren la plataforma prefabricada; sin que tal requisito pueda considerarse de imposible cumplimiento.

Con base en las consideraciones realizadas en el cuerpo de esta resolución, el recurso debe ser desestimado.

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 **INNOVACIONES TECNOLÒGICAS, S.A** contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato denominado "Suministro e instalación de pasillos y plataformas de hormigón para las playas de Boliches-Gaviotas y Carvajal del municipio de Fuengirola" promovido por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga) (Expte. 027/2021-CONTR).

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 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas 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.

