

Recurso 129/2024
Resolución 174/2024
Sección Primera

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

Sevilla, 26 de abril de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE ILUMINACIÓN (ANFALUM)**, contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato denominado «Concesión de servicio público integral de iluminación exterior del municipio de Brenes (Sevilla)» convocado por el Pleno del Ayuntamiento de dicho municipio (Expte. 4513/2023), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de marzo de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de concesión de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos y demás documentación de la licitación fueron puestos a disposición de los interesados en el citado perfil, siendo el valor estimado del contrato 4.346.514,3 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) y por 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 cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 8 de abril de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por ANFALUM contra el anuncio y pliegos que rigen el contrato citado.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 9 de abril de 2024, se requirió al órgano de contratación la remisión del escrito de recurso y demás documentación preceptiva para su tramitación y resolución, que se ha recibido en esta sede con posterioridad.

El 12 de abril de 2024, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Mediante escritos de 12 de abril de 2024, se dio traslado del recurso a los interesados otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido.

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 Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en la redacción dada por el artículo 77 del Decreto ley 3/2024, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa para la mejora de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de Justicia y el impulso de la actividad económica en Andalucía (BOJA núm. 34 de 16/02/2024), toda vez que el Ayuntamiento de Brenes ha manifestado que no dispone de órgano propio especializado para la resolución del recurso y ha remitido a este Tribunal la documentación requerida a tales efectos.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación empresarial recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».*

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre, la 233/2018, de 2 de agosto y la 93/2023, de 15 de febrero, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

El escrito de recurso se interpone contra el anuncio y los pliegos por entender la asociación recurrente que estos exigen un certificado y determinados requisitos técnicos que restringen injustificadamente la concurrencia y vulneran los principios de igualdad de trato y de libre acceso.

La asociación recurrente tiene, entre sus fines, la gestión, representación, defensa y coordinación de los intereses empresariales y comunes de sus miembros. Para cumplir estos fines, aquella puede ejercer ante los Tribunales y ante cualquier Organismo público o privado las acciones procedentes con arreglo a la legislación vigente en cada momento.



A la vista de lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente para la interposición del recurso contra el anuncio de licitación y los pliegos, en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, pues la eventual estimación de los motivos de aquel redundará en beneficio de estos. Debe, pues, reconocerse legitimación a ANFALUM al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen un contrato calificado en estos como concesión de servicios, cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros y ha sido convocado por un ente del sector público con el carácter de Administración Pública. El mismo resulta, pues, procedente al amparo de lo previsto en el artículo 44 apartados 1 c) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

De conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 apartado a) y b) de la LCSP, habiéndose publicado el anuncio de licitación y los pliegos en el perfil de contratante el 15 de marzo de 2024, el recurso especial presentado en el registro de este Tribunal el 8 de abril de 2024 se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto: Sobre el motivo del recurso relativo a la calificación del contrato como concesión de servicios.

I. Alegaciones de la asociación recurrente.

Solicita la nulidad de pleno derecho del anuncio y de los pliegos con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la aprobación de estos. Como pretensión subsidiaria, pide la continuación de la licitación modificando el anuncio y pliegos; y, a su vez, subsidiariamente a la anterior pretensión, insta la continuación del procedimiento teniendo por no puestas - a fin de que no se valoren- las exigencias técnicas que impiden de forma injustificada el acceso a la licitación.

Por otro lado, mediante otrosí, la recurrente ejercita, como pretensión subsidiaria a la de nulidad antes expresada, la anulabilidad de los pliegos con retroacción de actuaciones y, subsidiariamente, que prosiga la licitación teniendo por no puestas las exigencias técnicas restrictivas de la concurrencia.

Funda estas pretensiones en varios motivos que serán examinados en este fundamento de derecho y en los siguientes. En primer lugar, esgrime la errónea calificación del contrato como concesión de servicios. En este sentido manifiesta que el contrato es calificado en la cláusula 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) como concesión del servicio público integral de iluminación exterior, energético y de mantenimiento con garantía total, asumiendo el riesgo operacional de las instalaciones pertenecientes al Ayuntamiento.

No obstante, a juicio de ANFALUM, el contrato debe calificarse como de servicios -si bien más adelante solicita que se modifique la calificación del pliego a la de mixto de suministro y servicios- y ello por los siguientes motivos:

- No existe riesgo operacional. La retribución de la entidad adjudicataria no depende del mercado y su fluctuación, sino del mero cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Así, a la retribución fija que obtendrá la adjudicataria, se añade una rentabilidad por la implementación de las medidas de eficiencia energética establecidas. Es decir, un mayor ahorro proveniente de una mayor eficiencia energética supondrá mayores



beneficios para la entidad adjudicataria y es que, efectivamente, el pago de los servicios prestados se basará en parte en la obtención de mejoras de eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos, pero no hay transferencia de riesgo operacional al contratista pues el riesgo no depende de factores ajenos, sino de la propia gestión del contratista.

-La recurrente insiste, invocando previamente el artículo 14 de la LCSP sobre el riesgo operacional, que con la forma de remuneración prevista no se transfieren al concesionario riesgos que supongan una exposición real a las incertidumbres del mercado; señalando que queda definido *“un pago fijo que se abonará de manera mensual al Adjudicatario, incluso previendo el pago del beneficio industrial por parte del Ayuntamiento, previéndose incluso revisiones de los importes según factores externos a tener en cuenta. Además, en caso de excesos de consumo por aumento del horario de uso, de potencia o número de equipos fuera del objeto del contrato, dichos excesos serían abonados por el Ayuntamiento, tal y como se establece en la Cláusula 35 del PCA”*.

-Por último, cita una Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid donde, según afirma la recurrente, ante un contrato similar al analizado, el citado tribunal se decantó por la calificación de contrato como mixto de suministro y servicios.

II. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a este motivo del recurso esgrimiendo, en síntesis, que no existe riesgo en la demanda del servicio -ya que será el propio Ayuntamiento de Brenes quien pague íntegramente el precio-, si bien el riesgo operacional recaerá sobre el precio total de los distintos servicios a realizar *“toda vez que la concesión de servicios no se limita al suministro eléctrico, sino que también comprende el mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y limpieza de las instalaciones con todos sus componentes, así como lograr la permanencia en el tiempo del rendimiento de las instalaciones y de todos sus componentes al valor inicial, así como la reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados en las instalaciones que se especifican en el Pliego de Condiciones Técnicas, bajo la modalidad de Garantía Total, con asunción del riesgo operacional de este, de modo que la oferta económica que propongan los licitadores será parte del riesgo operacional de la concesión, debiendo tomar en consideración que resulta imposible determinar en este momento los costes en que deberá incurrir la empresa adjudicataria para el mantenimiento de las instalaciones y sus componentes, quedando en el adjudicatario el riesgo operacional que podría derivarse de un aumento exponencial de los costes (de mantenimiento y reparación, inicialmente previstos por el propio adjudicatario en su oferta económica)”*.

III. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La clave para determinar cuándo estamos ante un contrato de servicios o ante uno de concesión de servicios exige analizar si hay transferencia de riesgo operacional al contratista.

Al respecto, el artículo 15 de la LCSP dispone que *“1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.*

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”.



Asimismo, el artículo 14.4 del texto legal, al que remite el citado artículo 15, establece que *“Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”*.

En definitiva, el riesgo operacional transferido al adjudicatario es un concepto inherente a las figuras contractuales de la concesión de obras y de servicios que debe diferenciarse del riesgo y ventura intrínseco a cualquier contrato del sector público y que determina, en última instancia, una exposición real a las incertidumbres del mercado y un riesgo potencial de pérdidas no desdeñable desde el punto de vista económico.

En el supuesto analizado, la recurrente sostiene que no concurre dicho riesgo operacional y que el contrato debe calificarse como un servicio o como un mixto de suministro y servicios, frente al argumento del órgano de contratación que insiste en el riesgo que supone un aumento exponencial de los costes de mantenimiento y reparación inicialmente estimados por la entidad adjudicataria en su oferta.

Pues bien, para resolver la controversia suscitada en torno a la calificación jurídica del contrato, hemos de atender a su objeto, prestaciones y a la forma de retribución de estas conforme a los pliegos rectores de la contratación.

La cláusula 2 del PCAP prevé que el objeto del contrato es *“la concesión del servicio público integral de iluminación exterior, energético y mantenimiento con garantía total, asumiendo el riesgo operacional, de las instalaciones pertenecientes al Ayuntamiento de BRENES, mediante una actuación global e integrada de manera que el concesionario no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servidos adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo la entidad adjudicadora (Directiva 2014/23/UE) y de conformidad con los documentos que forman parte del Contrato (...)*.

En concreto, la actuación global e integrada de que es objeto el presente Contrato consiste en la ejecución de las obras de mejora y renovación de las instalaciones de alumbrado público exterior y posterior explotación del Servicio, siendo obligación de la Empresa de Servicios Energéticos adjudicataria, cubrir las siguientes prestaciones:

Prestación P1- Gestión Energética: gestión energética necesaria para el funcionamiento correcto de las instalaciones objeto del contrato; gestión del suministro energético de electricidad, control de calidad, cantidad, y uso y garantía de aprovisionamiento. Esta prestación incluye los costes de la energía consumida por las instalaciones objeto de este contrato.

Prestación P2- Mantenimiento: mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y limpieza de las instalaciones con todos sus componentes, así como lograr la permanencia en el tiempo del rendimiento de las instalaciones y de todos sus componentes al valor inicial.

Prestación P3- Garantía Total: reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados en las instalaciones según se regula en el Pliego de Condiciones Técnicas bajo la modalidad de Garantía Total, con asunción del riesgo operacional.

Prestación P4- Actuaciones de Mejora y Renovación de las Instalaciones consumidoras de energía (Inversiones): realización y financiación de actuaciones de mejora y renovación de las instalaciones que se especifican en el



Pliego de Condiciones Técnicas. Las obras de mejora y renovación contempladas en la prestación P4 serán ejecutadas en base a los preceptos del Reglamento y serán financiadas por el Adjudicatario, que recuperará el importe de la inversión mediante los ahorros en consumo eléctrico conseguidos dentro del periodo de vigencia del contrato de concesión del mismo.

Prestación P5- Alumbrado Extraordinario: montaje en las instalaciones de los adornos navideños en el periodo de funcionamiento y desmontaje de todos los equipos”.

La cláusula 3 del PCAP prevé que el contrato tendrá una duración de 15 años, habiéndose tenido en cuenta para su fijación el plazo necesario para lograr la amortización de las inversiones a realizar dentro de la prestación P4.

Asimismo, la cláusula 4 del PCAP, referida al importe máximo de licitación y valor estimado del contrato, señala que “(...) El precio máximo anual previsto a futuro asciende a la cantidad de 350.618,82 €, IVA incluido (289.767,62 € IVA NO incluido).

El importe máximo de licitación asciende a 5.259.282,30 €, IVA incluido (para los 15 años de duración del contrato).

A título orientativo, y sin validez contractual, se establecen las siguientes cantidades de referencia:

- El consumo anual estimado de electricidad durante el año 2020, para las instalaciones del alumbrado objeto del contrato asciende a la cantidad de 1.313.589 kWh.*
- El número de puntos de luz estimados para las instalaciones del alumbrado objeto del contrato asciende a 2.312 unidades según datos de la Auditoría Energética.*
- El número de cuadros de mando y control de las líneas del alumbrado objeto del contrato comprende [sic] es de 39, según datos de la Auditoría Energética.*
- La inversión estimada en proyecto para la adecuación de las instalaciones de alumbrado del municipio a los requisitos del Reglamento de Eficiencia Energética en instalaciones de alumbrado exterior, asciende a 1.599.725,00 euros IVA excluido.*
- El potencial de ahorro del consumo de energía eléctrica de las instalaciones de alumbrado exterior por su adecuación a los requisitos del Reglamento de Eficiencia Energética en instalaciones de alumbrado exterior se estima en 0,95 GWh anuales.*

Dado el potencial de ahorro energético detectado en las instalaciones de alumbrado exterior objeto del Contrato, el objetivo del Ayuntamiento titular de las instalaciones es ejecutar una actuación global e integrada de gestión energética que permita dar cumplimiento a las nuevas exigencias normativas y sociales de eficiencia energética sin que ello suponga incurrir en costes por parte del Ayuntamiento.

En consecuencia, sin perjuicio de que las condiciones económicas de ejecución del Contrato se determinarán definitivamente en base a la oferta, el Adjudicatario, en tanto que gestor global de los servicios energéticos de las instalaciones, será retribuido en base a los actuales gastos incurridos por el Ayuntamiento titular de las instalaciones de alumbrado exterior para la obtención de todos los servicios que constituyen objeto de la actuación global e integrada.

De esta forma, el Adjudicatario obtendrá rentabilidad por la ejecución de este contrato en base a su capacidad de implementar aquellas medidas de eficiencia energética tomando como punto de partida las especificaciones técnicas y económicas contenidas en la auditoría energética y que podrán ser de alcance diverso. Así, la sustitución de instalaciones obsoletas por instalaciones modernas y eficientes, la ejecución de obras de mejora y renovación de las instalaciones existentes o la simple implantación de nuevos protocolos de mantenimiento y gestión, entre otras,



supondrán mayores niveles de ahorro y eficiencia energética que, en definitiva, redundarán en un mayor beneficio del Adjudicatario del Contrato (...)”.

Por otro lado, la citada cláusula 4 del PCAP efectúa un cálculo del presupuesto y valor estimado de cada una de las cinco prestaciones antes descritas.

Pues bien, un examen del contenido expuesto del PCAP permite observar que el objeto del contrato es complejo y comprende prestaciones tales como la gestión energética, el mantenimiento preventivo de las instalaciones y su reparación con sustitución de los elementos deteriorados, la mejora y renovación de las instalaciones, así como el alumbrado extraordinario en el periodo navideño.

Todas estas prestaciones están presupuestadas en el PCAP, previéndose un precio máximo anual que engloba a todas ellas, de modo que la entidad adjudicataria será retribuida mensualmente por las prestaciones P1, P2, P3 y P4, previa presentación de factura, en una cantidad equivalente a una doceava parte del importe anual de adjudicación (cláusula 33 del pliego), siendo revisables los importes de las tres primeras prestaciones (cláusula 34 del pliego).

Asimismo, el objetivo del órgano de contratación, como titular de las instalaciones, es dar cumplimiento a las nuevas exigencias normativas de eficiencia energética sin incurrir en ningún coste. De este modo, la adjudicataria será retribuida según los actuales gastos en que incurre el Ayuntamiento titular de las instalaciones, sin perjuicio de la rentabilidad adicional que aquella obtenga en función de las medidas de eficiencia energética que adopte como consecuencia de la sustitución de instalaciones obsoletas por otras modernas, la realización de obras de mejora y renovación de instalaciones existentes etc.

Quiere decirse, pues, que, conforme a los pliegos, la adjudicataria será retribuida por el órgano de contratación recibiendo un precio en contrapartida a las distintas prestaciones contratadas; sin perjuicio de que el coste de inversión en obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía sea a cargo de aquella, quien se resarcirá del gasto realizado con la rentabilidad obtenida tras los mayores niveles de ahorro y eficiencia energética derivados de tales actuaciones.

Lo expuesto no permite apreciar “*transferencia de riesgo operacional al contratista*” en los términos que describe el artículo 14 de la LCSP, pues este concepto no deja a salvo la amortización futura de los costes de inversión realizados por la adjudicataria, pues exige la concurrencia de varios requisitos: una exposición real a las incertidumbres del mercado como circunstancia totalmente ajenas a la persona del contratista y una potencial pérdida estimada que no sea desdeñable desde el punto de visto económico.

En el caso analizado, la adjudicataria no solo será retribuida por el Ayuntamiento -aun cuando solo lo sea parcialmente-, sino que la financiación de las obras de mejora y renovación de instalaciones que lleve a cabo será recuperada mediante el ahorro energético que generen dichas actuaciones. Así las cosas, el mayor ahorro y consiguiente rentabilidad durante la ejecución del contrato va a depender íntegramente, como el propio pliego indica, de la capacidad intrínseca de la empresa para implementar medidas de eficiencia energética y no de factores ajenos del mercado que escapen a la esfera de control del contratista. Ello nos lleva a concluir que el potencial riesgo que pudiera concurrir en esta contratación es el inherente a cualquier contrato en los términos previstos en el artículo 197 de la LCSP, no siendo comparable al riesgo operacional transferido al empresario en una concesión de servicios, ni por su entidad, ni por su origen pues aquel no es ajeno al ámbito de control del empresario.



En parecidos términos se han pronunciado otros órganos administrativos de resolución de recursos contractuales. Así, la Resolución 125/2020 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, ante la impugnación de los pliegos rectores de un contrato calificado como concesión de servicios de eficiencia energética del alumbrado público de un municipio, señaló que *“si bien se considera este planteamiento muy positivo y coherente con las políticas de ahorro energético que se quieren potenciar por el consistorio dentro del paradigma de los nuevos retos de las estratégico [sic], el esquema del pago por objetivos o por rendimientos por sí solo, no conlleva la transferencia del riesgo operacional al contratista.*

En definitiva, no apreciado que en este contrato el contratista esté expuesto a las incertidumbres del mercado y que el riesgo sea ajeno a su control, no se puede confirmar la existencia de la transferencia del riesgo operacional, lo que conlleva cuestionar que este contrato sea un contrato de concesión de servicios”.

Por otro lado, la Resolución 240/2022 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid consideró correcta la calificación jurídica realizada en los pliegos de un contrato como mixto de *“suministros energéticos y servicios de mantenimiento con garantía total con inversión de las instalaciones en el centro consumidor de energía integrado por los edificios y equipamientos incluidos en los inmuebles municipales, alumbrado público, pasos de peatones, señales semafóricas reguladoras de la circulación”*, desestimando el motivo del recurso en que se alegaba que la correcta calificación jurídica era la de concesión de servicios. En tal sentido, señaló que *“Dado que el pago de los servicios prestados se basará en parte o totalmente en la obtención de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos, ello supone que el empresario asume parte del riesgo. Ahora bien, este riesgo que es inherente a la naturaleza de este contrato no supone necesariamente transferencia de riesgo operacional al contratista, ya que no depende de factores ajenos, sino de la eficacia de su propia gestión en aras al cumplimiento de los objetivos comprometidos y de los consiguientes ahorros. Por ello no debe considerarse la existencia de transferencia de riesgo operacional. La doctrina mayoritaria sostiene que este tipo de contratos pueden ser un contrato mixto de suministro y servicios, pero en ningún caso un contrato de obra, de concesión de obra pública o de concesión de servicio público”.*

Con base en las consideraciones realizadas, procede estimar el motivo del recurso al considerar este Tribunal que se halla indebidamente calificado el contrato en los pliegos como concesión de servicios. En cuanto a la calificación jurídica correcta, la recurrente alude tanto a contrato de servicios como a contrato mixto de suministro y servicios; si bien, como quiera que los argumentos esgrimidos por ANFALUM no van específicamente dirigidos a razonar cuál de ambas figuras responde el contrato definido en los pliegos sino a sostener que el contrato no puede calificarse como concesión de servicios, deberá ser el órgano de contratación el que - en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben- califique adecuadamente el contrato bien como un servicio, bien como un contrato mixto de servicios y suministro atendiendo a las prestaciones, su grado de vinculación y las relaciones de complementariedad entre ellas (artículo 34.2 de la LCSP).

SEXTO. Fondo del asunto: sobre el motivo relativo a la exigencia de certificado ENEC.

I. Alegaciones de la recurrente

La recurrente sostiene que la cláusula 11 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) relativa a *“Obras de mejora y renovación de las instalaciones del alumbrado exterior”* señala que todos los materiales serán de primera calidad y que se presentará un dossier técnico de cada uno de los materiales propuestos, así como certificados de laboratorio acreditado por ENAC que avale el cumplimiento de los requisitos técnicos definidos en los pliegos. También indica que el Anexo F del PPT requiere una serie de informes de ensayos o certificados emitidos por el fabricante de la luminaria o entidad acreditada. Así, se solicita el “Certificado ENEC”.



No obstante, ANFALUM aduce que en ninguna de las dos menciones se hace referencia a la posibilidad de aportar un certificado equivalente, lo que limita la concurrencia y determina la nulidad del requerimiento del PPT, pues no se da alternativa para que los parámetros verificados por la certificación ENEC sean justificados por una certificación alternativa.

II. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al motivo del recurso expuesto anteriormente, esgrimiendo que el certificado ENEC establece una garantía para los distribuidores, diseñadores y minoristas de componentes de iluminación a los efectos del cumplimiento de las normas europeas; y permite a los consultores prescribir materiales sin riesgo de seguridad para los edificios o instalaciones de alumbrado exterior, a los instaladores instalar elementos conforme a normativas europeas de seguridad eléctrica y a los usuarios disponer de una iluminación segura.

Asimismo, señala que el PPT admite otros certificados de calidad distintos siempre que cuenten con la acreditación de ENAC (Entidad Nacional de Acreditación) y que la exigencia de certificados se encuentra justificada en lo ya expuesto en la memoria técnica complementaria que consta en el perfil.

III. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La clave de la controversia está en la restricción de la concurrencia que pudiera suponer, según alega la recurrente, la exigencia de determinados certificados expedidos por organismos independientes, sin el reconocimiento explícito de la admisión de un certificado equivalente como mecanismo para ampliar la concurrencia.

ANFALUM se refiere, en concreto, a la cláusula 11 del PPT en cuanto a la exigencia de certificados de laboratorio acreditado por ENAC y al Anexo F respecto al certificado ENEC. No obstante, el órgano de contratación viene a sostener que, con la acreditación de ENAC, el PPT admite otros certificados de calidad distintos; y, asimismo, argumenta que la exigencia de certificados se encuentra justificada en la memoria técnica complementaria que consta en el perfil.

Pues bien, en dicha memoria técnica complementaria se alude, en efecto, a “ensayos o certificados de laboratorio” emitidos por laboratorio acreditado por ENAC o entidad internacional equivalente. Ahora bien, dicha equivalencia no aparece incorporada al clausulado de los pliegos, a lo que se une que la publicación en el perfil de aquella memoria (8 de abril de 2024 a las 13:58) no es coetánea a la de los pliegos, sino que es incluso posterior a la presentación del recurso en el registro de este Tribunal (8 de abril de 2024 a las 13:48), lo que ha impedido su conocimiento previo por la recurrente.

Por otro lado, en lo que se refiere al certificado ENEC, tampoco se indica nada en el pliego sobre la admisión de certificados equivalentes, como sí se hace para otros requerimientos técnicos. La exigencia de este concreto certificado sin la aceptación de otros equivalentes ya ha sido objeto de examen por este Tribunal en la Resolución 65/2016 donde señalábamos que “(...) es necesario examinar la concreta exigencia de disponer de certificación ENEC prevista en el PPT. Dicha exigencia se recoge en los apartados 1 a 3, de requisitos mínimos para luminaria vial en pedanías, en núcleo de Villacarrillo y residencial, respectivamente, de la cláusula 5 “Características técnicas de las luminarias a instalar”, dentro de la característica “Certificados adicionales”, como valor mínimo exigido para los tres tipos de luminaria.

A diferencia de lo manifestado por el órgano de contratación, del PPT no se desprende que la exigencia de disponer de certificación ENEC pueda ser suplida por la certificación de laboratorio independiente acreditado ENAC o



equivalente, pues, como se desprende de lo establecido en la cláusula 5 del PPT, la certificación ENEC es un certificado adicional a los exigidos en la cláusula 6 y 8 del PPT.

(...)

Pues bien, dicho requisito, pese a establecerse en el PPT como parte del contenido de la oferta, constituye conforme al TRLCSP un criterio de solvencia técnica que redundaría en la experiencia del licitador. En todo caso, la consecuencia del incumplimiento de tal requisito sería la misma en ambos supuestos, a saber, la exclusión de la licitación, por lo que procede analizar si la exigencia prevista en el PPT vulnera las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación.

Al respecto, como ya se ha puesto de manifiesto en esta resolución, la solvencia técnica exigible en los contratos de suministro como el presente, viene regulada en el artículo 77 del TRLCSP. En concreto y con respecto al requisito de solvencia técnica que se analiza, el citado artículo establece en su apartado 1.f) que “En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por uno o varios de los siguientes medios, a elección del órgano de contratación: f) Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas”.

Por su parte, el artículo 117, relativo a las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas, establece en sus apartados 3 y 4 lo siguiente:

“3. Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas podrán definirse de alguna de las siguientes formas:

a) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención «o equivalente».

(...)

4. Cuando las prescripciones técnicas se definan en la forma prevista en la letra a) del apartado anterior, el órgano de contratación no podrá rechazar una oferta basándose en que los productos y servicios ofrecidos no se ajustan a las especificaciones a las que se ha hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador pruebe, por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las correspondientes prescripciones técnicas. A estos efectos, un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido podrán constituir un medio de prueba adecuado.”

A la vista de la citada regulación, se infiere que el requisito que se analiza “disponer de certificación ENEC (certificación europea de alta calidad)”, vulnera lo dispuesto en la citada normativa en cuanto que crea obstáculos injustificados a la apertura del presente contrato a la competencia, por lo que a juicio de este Tribunal y con objeto de no crear restricciones a la libre competencia, dicha exigencia de disponer de certificación ENEC debe de acompañarse de la mención “o equivalente”, como exige el artículo 117.3.a) del TRLCSP”.



Procede, pues, la estimación del motivo del recurso, debiendo anularse las cláusulas del PPT en que se haga mención a los certificados impugnados sin la inclusión del término “o equivalente”. Por lo demás, la inclusión de la equivalencia de los certificados debe efectuarse expresamente en el contenido de los pliegos, no bastando la referencia que pueda realizarse en las memorias técnicas publicadas en el perfil, salvo que los pliegos hagan expresa remisión al contenido de aquellas.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre el motivo del recurso relativo a la exigencia en los pliegos de requerimientos técnicos exclusivos y limitativos de la concurrencia.

I. Alegaciones de la recurrente.

Aduce que las prescripciones técnicas están basadas en las características de los productos del fabricante AEC ILLUMINAZIONE, tal y como se hace referencia en el PPT hasta en tres ocasiones (Anexo I sobre presupuesto de ejecución por contrata -Capítulos 1, 2, 3 y 4); vulnerándose el artículo 126 de la LCSP con la referencia a dicha marca.

A continuación, ANFALUM menciona algunos de los requerimientos del PPT que, según refiere, limitan de modo totalmente injustificado la competencia y solamente pueden cumplirse por la marca AEC ILLUMINAZIONE:

1) En el apartado 8.1 del PCAP, relativo a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor cuya ponderación total es 40 puntos, se indica que son requisitos mínimos exigibles a cumplir por la instalación propuesta, entre otros, aquellas exigencias específicas particulares detalladas en el Anexo D del PPT. Este anexo se refiere a unas “*Tablas de verificación de los requerimientos técnicos exigibles a cumplir por la luminaria y sus elementos integrantes*”, indicando que “*Se deberá cumplimentar la tabla o tablas a la que corresponda cada tipo de luminaria o luminarias incluidas en el proyecto. Todas las características mínimas señaladas en este pliego indican un umbral de calidad y unas determinadas características luminotécnicas y de diseño, pudiendo el licitador proponer otros equivalentes o de calidad superior. Se valorará consecuentemente el cumplimiento del umbral de calidad exigido.*”

La asociación esgrime que “*no es compatible que dicho Anexo D incluya una tabla en la que el licitador tenga que marcar en la columna derecha si cumple o no con dichas especificaciones técnicas (...) cuando al mismo tiempo indica que el licitador podrá proponer otros equivalentes o de calidad superior. Y es que los requerimientos técnicos son tan específicos al referido fabricante y dejan tan poco margen de maniobra que está(n) incluso más limitados por el hecho de tener que marcar “SI” o “NO” en la correspondiente columna, sin dar la opción a explicar una alternativa equivalente o de calidad superior, como indica en su enunciado.*”

2) El apartado 2 del Anexo D del PPT solicita como requerimiento técnico de las luminarias que contengan un “*Cuerpo óptico (reflector) de Aluminio. Con un acabado superficial de deposición sellada al vacío que consigue una pureza del 99,85% con resultado de Aluminio Clase A + DIN EN 16268 o equivalente.*”

Alega la recurrente que dicha especificación técnica es una copia literal del modelo ITRON de luminaria del fabricante AEC ILLUMINAZIONE (indica página web del fabricante para que pueda comprobarse la imagen de luminaria obtenida de su catálogo).

Asimismo, señala que la Guía Técnica de Aplicación del Real Decreto 1890/2008 define tres sistemas ópticos de luminarias LED: óptica plana, óptica 3D (ambas basadas en lentes) y óptica basada en reflectores. Sin embargo, los pliegos únicamente se refieren a luminarias LED con ópticas basadas en reflectores, excluyendo de manera no



justificada el resto de las luminarias LED con óptica plana u óptica 3D basadas en lentes que garantizan de igual manera una distribución fotométrica adecuada.

Manifiesta (i) que el documento de referencia para el sector y de obligado cumplimiento en esta licitación, emitido por el Comité Español de Iluminación y el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, se denomina *“Requerimientos Técnicos exigibles para luminarias con tecnología LED de Alumbrado Exterior (...)”*, y (ii) que este documento se refiere a las ópticas basadas en lentes (ni siquiera en reflectores) a la que los pliegos ni siquiera se refieren. Concluye, pues, que se pueden conseguir distribuciones fotométricas ideales tanto con lentes ópticas, como con reflectores, siendo la primera forma la más habitual y mayoritaria en los fabricantes de luminarias LED. Por tanto, no se justifica por qué el órgano de contratación ha considerado oportuno exigir un requerimiento técnico tan específico y que puede ser aportado por un único fabricante.

3) El apartado 10 del Anexo D del PPT solicita como requerimiento técnico de las luminarias que contengan un *“Acabado superficial nivel C5 – 1.500 horas ensayo niebla salina según ISO 9227, para evitar la corrosión en ambientes marinos, con certificado realizado en laboratorio homologado”*.

A juicio de la recurrente llama la atención este requerimiento que es adecuado en ambientes marinos o zonas cercanas a la costa donde la combinación de salitre, humedad y radiación solar conlleva una mayor probabilidad de corrosión en materiales metálicos. Sin embargo, el municipio de Brenes se encuentra a una distancia superior a 80 km de la costa, y en ningún momento el pliego señala que exista un ambiente corrosivo en todo el término municipal. Es decir, las luminarias no van a operar bajo un ambiente marino ni corrosivo por lo que no está justificada la necesidad de un acabado superficial específico y diferente del que se utiliza por la inmensa mayoría de fabricantes para luminarias que van a operar bajo ambiente normal. No obstante, el fabricante AEC ILLUMINAZIONE cumple específicamente dicho requerimiento pese a no ser necesario en el municipio de Brenes.

4) El apartado 12 del Anexo D del PPT solicita como requerimiento técnico de las luminarias el *“Sellado de la junta de estanqueidad sin uniones. La aplicación de la junta de estanqueidad se realizará mediante instalación automatizada, en continuo con cabezal de dosificación, garantizando además de la correcta posición de la misma, la homogeneidad y uniformidad, así como una correcta adherencia, imposibilitando que se desprenda en los procesos de apertura y cierre de la luminaria.”*

a) ANFALUM sostiene que este requisito es, de nuevo, arbitrario y desproporcionado, toda vez que se está exigiendo que la luminaria cumpla con una protección IP66 que garantiza dicha estanqueidad, independientemente del tipo de junta y de cómo se aplique dicha junta a la luminaria. Señala, pues, que se puede garantizar que la junta se posiciona correctamente sin ser estrictamente necesario para ello que sea *“junta sin uniones”* o que se haya aplicado *“mediante instalación automatizada en continuo con cabezal de dosificación”*. Se trata de una especificación técnica que está directamente dirigida al fabricante de luminarias AEC ILLUMINAZIONE que cumple específicamente con dicho requerimiento técnico de *“junta de estanqueidad sin uniones”*

b) Por otro lado, la recurrente se refiere al otro requerimiento técnico de este apartado del Anexo D del PPT en el que se indica que *“La aplicación de la junta de estanqueidad se realizará mediante instalación automatizada, en continuo con cabezal de dosificación, garantizando además de la correcta posición de la misma, la homogeneidad y uniformidad, así como una correcta adherencia, imposibilitando que se desprenda en los procesos de apertura y cierre de la luminaria.”* Manifiesta que, si el objetivo es obtener un determinado grado de estanqueidad, el órgano de contratación no debía referirse a *“sellado de la junta de estanqueidad sin uniones”* o a *“aplicación de la junta de estanqueidad (...) mediante instalación automatizada, en continuo con cabezal de dosificación”*, ya que la manera en la que se obtenga dicha estanqueidad no es relevante, siempre que se consiga la misma. Ello supone,



a juicio de la asociación, vulneración del artículo 126 de la LCSP, concluyendo que, pese a no contar o disponer con información sobre el método de fabricación de la junta de estanqueidad de AEC ILLUMINAZIONE, no sería de extrañar que fuese exactamente la solicitada en los pliegos.

Insiste la recurrente en que no hay motivación alguna en el expediente sobre unas especificaciones técnicas tan restrictivas cuando el incumplimiento de una sola implicaría la exclusión de la oferta y cita, en apoyo de este argumento, la reciente Resolución 77/2024 de este Tribunal. Asimismo, señala que, si bien existe un ámbito de discrecionalidad en la configuración de las características técnicas, siempre deben respetarse los principios de la contratación pública y evitarse la arbitrariedad o ausencia de motivación.

En definitiva, concluye que el PPT infringe el artículo 126 de la LCSP al introducir prescripciones técnicas desproporcionadas y tan específicas -sin justificación o motivación alguna en el expediente- que limitan la licitación a un único fabricante.

II. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos de la recurrente esgrimiendo, en síntesis, los siguientes:

- Si bien es cierto que el PPT parte de unos modelos de material de un concreto fabricante, también indica con total claridad que los licitadores no han de ceñirse a dichos modelos, pudiendo presentar ofertas de material equivalente. Es más, según se reconoce en el escrito de recurso, ANFALUM ha formulado con anterioridad a su interposición diversas preguntas sobre la posibilidad de presentar material de otros fabricantes, habiéndose contestado por el órgano de contratación en varias ocasiones que es posible la aportación de modelos equivalentes de otros fabricantes, de características iguales o superiores a las indicadas en el pliego. En definitiva, cabe ofertar otros materiales distintos a los indicados en el PPT, justificando bien las ventajas de la solución propuesta, bien la equivalencia o mejora del producto ofertado respecto a las características técnicas indicadas en el pliego.

- Asimismo, el órgano de contratación formula su oposición concreta a los concretos requerimientos técnicos mencionados en el recurso que, a juicio de ANFALUM, restringen injustificadamente la concurrencia y solo pueden cumplirse por una marca en el mercado. Se sigue, pues, el mismo orden de exposición del recurso en la indicación de los argumentos en contra esgrimidos por el órgano de contratación que se resumen del siguiente modo:

1) En cuanto a la tabla de verificación de los requerimientos técnicos de la luminaria del Anexo D del PPT, la operativa es tan sencilla como marcar “sí” en el Anexo D cuando el material propuesto es equivalente o de calidad superior al indicado en el pliego, debiendo el proponente justificar dicha equivalencia o superior calidad.

2) Respecto a la opción de utilización del aluminio, es una cuestión de durabilidad, toda vez que al desarrollarse la tecnología LED la gran mayoría de fabricantes pasaron a lentes de plástico, de menor coste de fabricación, pero con una vida útil inferior debido al deterioro del plástico, la suciedad etc. Actualmente existen numerosos fabricantes a nivel mundial que utilizan las lentes de aluminio, pero principalmente para sus gamas altas, puesto que es una mejora considerable en la durabilidad del producto. En cualquier caso, el PPT refleja perfectamente la posibilidad de presentar alternativas equivalentes, debiendo justificar el proponente dicha equivalencia o la conveniencia técnica del material propuesto, siendo el motivo de exigir la acreditación del grado de pureza, el de evitar la utilización de materiales reciclados y sin control.



3) La recurrente considera desproporcionado que se exijan unos materiales indicados para ambientes de gran salinidad, humedad y radiación solar cuando el municipio de Brenes se encuentra a más de 80 kilómetros de la costa. No obstante, el órgano de contratación arguye que el río Guadalquivir circula a escasos metros del casco urbano de Brenes, siendo la población conocida por sus regadíos con altos niveles de humedad, y una altísima radiación solar propia del sur de España. Insiste dicho órgano en que el objetivo de este tipo de especificaciones es la búsqueda de un mayor grado de durabilidad, y ello con objeto de evitar que, cuando finalice el contrato, el Ayuntamiento deba asumir unos altos costes por el mantenimiento de luminarias que puedan encontrarse al final de su vida útil.

Asimismo, reitera que el PPT admite propuestas equivalentes, justificando el licitador la solución técnica propuesta.

4) Respecto al requerimiento del PPT sobre sellado de las juntas de estanqueidad sin uniones, el mismo obedece a que se han detectado numerosas luminarias con juntas de estanqueidad que, si bien cuentan con el certificado IP66, posteriormente una vez abiertas y cerradas, dejan de funcionar correctamente, puesto que la junta se suelta y no encaja en su posición inicial. Además, al no estar fabricadas sin uniones o depositarse en frío, existe una junta que con el tiempo se deteriora y hace que la luminaria pierda esa estanqueidad.

Esgrime que el depositado de la junta robotizado y en caliente permite adherirse a su posición en la luminaria y asegurar su correcto funcionamiento a lo largo de los años, aunque se abra y se cierre las veces que fuera necesario, con ello se logra una mayor durabilidad del material, en muchos casos más allá del plazo previsto para el contrato, lo que supone un ahorro para el Ayuntamiento cuando se vea obligado a asumir el mantenimiento de las luminarias.

El órgano de contratación finaliza su oposición a este último motivo alegando que la recurrente no acredita la imposibilidad de presentar propuestas de materiales equivalentes; y manifiesta que, en el supuesto de acreditarse que existe un bajo número de fabricantes que puedan ofertar propuestas alternativas o equivalentes, tampoco ello supondría en todo caso una vulneración de los principios de igualdad y libre concurrencia.

III. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

En la resolución de la cuestión, debe partirse de lo dispuesto en el artículo 126, apartados 1 y 6 de la LCSP conforme al cual <<1. 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.

(...)

6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».



Estos apartados del 126 de la LCSP son, prácticamente, una reproducción literal de los apartados 2 y 4 del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE.

La finalidad de esta regulación, como pone de relieve la Sentencia, de 9 de febrero de 2005, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, recurso 2406/2002, en relación con análoga previsión de los textos legales anteriores a la vigente LCSP, es “*garantizar la apertura de la contratación mediante la libre competencia que afianza el principio de igualdad de oportunidades*”. Así pues, siendo la concurrencia e igualdad de trato principios básicos de la contratación pública conforme al artículo 1 de la norma contractual, 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 proscribía legalmente es el establecimiento de restricciones u obstáculos injustificados a la concurrencia o dicho de otra manera, el precepto legal no impide el establecimiento de prescripciones técnicas no accesibles a todas las potenciales entidades licitadoras, con tal que las mismas respondan motivadamente a la mejor satisfacción de las necesidades públicas y así se justifique de modo adecuado.

Esta cuestión ha sido, asimismo, abordada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe 62/2007, de 26 de mayo, sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos, estableciendo en el apartado 2 del mismo lo siguiente: “*Como establecen los citados artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente apartados 1 y 6 del artículo 126 de la LCSP) y permite el último párrafo del artículo 23.8 de la citada Directiva (actualmente apartado 4 del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE), las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción (...)*”.

En definitiva, el objeto de la citada normativa contractual es, por un lado, evitar que queden injustificadamente excluidas algunas entidades licitadoras del procedimiento de adjudicación, y por otro lado, que las referencias a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, constituyan una excepción a las normas generales en relación con las prescripciones técnicas, lo que implica que el apartado 6 del artículo 126 del texto legal deba ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlo le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción.

En este sentido se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 326/2015, de 15 de septiembre, 7/2016, de 20 de enero y 189/2017, de 26 de septiembre, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras en sus Resoluciones 17/2012, de 18 de enero, 672/2015, de 17 de julio y 620/2016, de 29 de julio, y más recientemente, las Resoluciones 328/2018 y 77/2024.

En el supuesto analizado, la recurrente impugna determinados requisitos técnicos del PPT por considerar que están basados en características de productos fabricados por una empresa determinada, lo que restringe injustificadamente la concurrencia. Frente a ello, el órgano de contratación, sin negar que el PPT parta de unos modelos de material de un concreto fabricante, aduce que el pliego admite claramente la presentación de ofertas de material equivalente. Es más, en su informe al recurso, expone las razones que le han llevado a establecer los requerimientos técnicos específicos de las luminarias que denuncia la recurrente en su escrito, tales como el



cuerpo óptico reflector de aluminio o el acabado superficial nivel C5 – 1.500 horas ensayo niebla salina según ISO 9227.

Ahora bien, aun admitiendo la validez del término equivalente expresado en el PPT para la admisión de otros productos distintos, ello no supe la necesidad de motivar en este caso por qué las luminarias han de cumplir esos requerimientos tan específicos. Ya hemos indicado que, si bien el órgano de contratación goza de cierto grado de discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato y en la descripción de sus requisitos técnicos, cuando es conocedor -como en este caso- de que las características del PPT son restrictivas de la concurrencia hasta el punto de hacer referencia a una marca concreta, viene obligado a probar que se dan las circunstancias objetivas que justifican la aplicación de la excepción contenida en el artículo 126.6 de la LCSP.

No es que el órgano de contratación tenga que motivar cada una de las prescripciones técnicas de los productos o servicios que contrata, ni que tenga que adaptar, en todo caso, sus necesidades a las de un amplio número de licitadores existentes en el mercado. Puede decidir de qué modo satisface más adecuadamente las necesidades públicas; pero cuando acuda al establecimiento de prescripciones conforme al apartado 6 del artículo 126 del texto legal habrá de justificar por qué lo hace y cuál es la razón de tales exigencias técnicas, sin que la motivación del informe al recurso pueda suplir la falta de justificación en el expediente, pues aquella ha de ser previa y todos los licitadores han de poder conocerla antes de la eventual preparación de sus ofertas.

En consecuencia, el motivo debe ser estimado en el sentido expuesto y si, en los futuros pliegos que, en su caso, se aprueben como consecuencia de la anulación de los actuales, se mantienen los requisitos técnicos de una fabricación determinada debe tenerse en cuenta lo dispuesto en este fundamento de derecho.

Con base en todas las consideraciones realizadas, el recurso ha de ser estimado con anulación de los pliegos, incluidos los demás actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo convocarse, en su caso, una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE ILUMINACIÓN (ANFALUM)**, contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato denominado «Concesión de servicio público integral de iluminación exterior del municipio de Brenes (Sevilla)» convocado por el Pleno del Ayuntamiento de dicho municipio (Expte. 4513/2023) y, en consecuencia, anular el anuncio de licitación y los pliegos conforme a lo expresado en el último fundamento de derecho de esta resolución

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 12 de abril de 2024.

TERCERO. De conformidad con lo establecido 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.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.

