

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 6 de octubre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.M.Y., en nombre y representación de Ledus España, S.L., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato “Mejora de la eficiencia energética del alumbrado público del Ayuntamiento de El Boalo, Cerceda y Mataelpino”, número de expediente: 2016/3875, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 14 de septiembre de 2016 se publicó en el Perfil del Contratante el Pliego de Prescripciones Técnicas del Procedimiento Abierto de Adjudicación para la contratación de la mejora de la eficiencia energética del alumbrado público del ayuntamiento de El Boalo, Cerceda y Mataelpino. Asimismo la licitación se publicó en el DOUE del 17 de septiembre, en el BOE de 29 y en el BOCM de 15 del mismo mes. El valor estimado asciende a 1.385.096,31 euros. La fecha límite de presentación de ofertas es el 22 de octubre de 2016.

Segundo.- En el apartado 4 el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) se establece determinados requisitos que deben cumplir las empresas fabricantes de las luminarias:

“4.1 Licitador.

Además de los requisitos previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en la legislación vigente, las empresas licitadoras deberán acreditar, para ser admitidas en el procedimiento de adjudicación, el cumplimiento de los siguientes requisitos mínimos:

(...)

Contar con centro de producción en España”.

Tercero.- El 29 de septiembre de 2016 tuvo entrada el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Ledus España, S.L. en el que solicita que *“Se declare la NULIDAD del Pliego de Prescripciones Técnicas, dejando sin efecto el mismo al entender esta parte que, se ha visto vulnerado el artículo 117 del TRLCSP, y limitado el acceso en condiciones de igualdad de las posibles empresas licitadoras”.*

El 5 de septiembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- En cuanto la mercantil Ledus España, S.L., se dedica a la fabricación y distribución de aparatos eléctricos y prestación de servicios energéticos, y por ende,

se constituye como parte interesada para participar en la licitación de suministro y montaje de luminarias LED, el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la publicación en el DOUE tuvo lugar el 17 de septiembre, e interpuesto el recurso el 28 de septiembre ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que lo remitió a este Tribunal el 29, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el contenido del PPT de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- La recurrente Ledus España, S.L., impugna el apartado cuarto del PPT “Requisitos Técnicos exigidos al licitador y fabricantes”, al entender que incluye el mismo una serie de exigencias respecto a la empresa fabricante de las luminarias, que entran en plena contradicción con el artículo 117 del TRLCSP. Expone que el requisito de cumplir por la/las empresas fabricantes de luminarias de contar con centro de producción en España conlleva la exclusión de la licitación y consecuente discriminación, de todas aquellas empresas que aún cumpliendo con todas las prescripciones exigidas para participar en la licitación, no puedan hacerlo al encontrarse su centro de producción fuera del territorio español, ya que se trata de un requisito restrictivo, sin ningún tipo de justificación objetiva para su exigencia.

Según informa el Ayuntamiento el propósito al establecer dicho requisito era garantizar que la mercancía contratada era entregada a tiempo, no obstante, en vista de lo alegado por la recurrente y de las resoluciones emitidas en este sentido

por parte del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales asume la supresión del requisito de contar con centro de producción en España, tanto en el apartado cuarto del Pliego de Prescripciones Técnicas como en el Anexo 1 apartado quinto “Acreditación de la solvencia técnica” del PCAP al entender que resulta contradictorio con el artículo 117 del TRLCSP. Asimismo, considera que asumiendo la supresión de dicho criterio, no habría motivo para anular el Pliego de Prescripciones Técnicas ni para suspender la tramitación del expediente de contratación referido.

El artículo 54 del TRLCSP establece que *“solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan capacidad plena de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”*.

En el mismo sentido el artículo 117.2 del TRLCSP al establecer 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”*.

A priori no puede afirmarse con carácter general que la exigencia de tener un establecimiento físico en determinada ubicación constituya una restricción a la libre competencia, sino que habrá que examinarla al caso concreto.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de octubre de 2015, Grupo Hospitalario Quirón, S.A. contra el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco e Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad, Asunto C-552/13, señala *“Pues bien, la exigencia de que un centro de ese tipo deba estar situado imperativamente en un término municipal concreto que debe ser el lugar de prestación exclusivo de los servicios médicos de que se trata, prevista en las cláusulas administrativas particulares y las especificaciones técnicas de los contratos nº 21/2011 y 50/2011, constituye, habida cuenta de la situación geográfica del*

asunto principal, una obligación de ejecución territorial que no sirve para alcanzar el objetivo enunciado en el apartado anterior de la presente sentencia, a saber, garantizar la proximidad y la accesibilidad del centro hospitalario privado de apoyo, en interés de los pacientes, de sus allegados y del personal médico que ha de desplazarse hacia dicho centro, garantizando al mismo tiempo un acceso igual y no discriminatorio a esos contratos de todos los licitadores”.

El informe 9/09, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, indica que *“el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público”.*

De igual modo la “Guía sobre contratación pública y competencia” de la Comisión Nacional de la Competencia, recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que ejecutar el contrato, por ser una previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato, recuerda que está prohibida toda referencia a cláusulas de las que pudieran derivarse diferencias de trato en función de la nacionalidad, lengua, domicilio o territorio del adjudicatario, incluso de manera indirecta, como por ejemplo, la preferencia por experiencias vinculadas a un ámbito geográfico, o la exigencia de ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio de referencia.

Esta argumentación se ha visto reforzada por las sucesivas Directivas comunitarias que en materia de contratación han aprobado los órganos de la Unión Europea, de modo muy especial la 2014/24/UE que ya como una exigencia del establecimiento del mercado único sienta como principio básico de la contratación Pública, la libertad de acceso a la contratación para todas las empresas de los Estados Miembros, y en consecuencia, la no discriminación por razón del origen entre ellas.

También la sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2003, asunto C-234/01, Piergiorgio, señala que los requisitos de participación en las licitaciones no pueden establecerse de modo que puedan ser más fácilmente cumplidos por los operadores nacionales.

La citada doctrina ha venido a tener plasmación positiva en el artículo 18.2.a) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, expresamente invocado por la actora, en el que, efectivamente, se afirma que serán consideradas *“actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libre circulación”* los *“requisitos discriminatorios (...) para la adjudicación de contratos públicos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador”* y, en particular, *“que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en territorio de la autoridad competente o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio”*. Así no solo se considera contraria a derecho la exigencia de que el domicilio social o establecimiento se encuentre en una determinada zona geográfica sino también la exigencia de que disponga de un establecimiento físico en su territorio.

En consecuencia, el requisito de que las empresas fabricantes de luminarias a suministrar deba obligatoriamente contar con centro de producción en España, es contrario a la libre concurrencia y por lo tanto, debe ser anulado.

Finalmente en cuanto a la solicitud del órgano de contratación de que no se suspenda el procedimiento cabe señalar que nada impide acordar una rectificación de los pliegos y dar publicidad a dicha modificación con nuevos anuncios en los que se establezcan nuevos plazos para la presentación de proposiciones y la correlativa modificación de las fechas de apertura pública de las ofertas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75, párrafo segundo, del RGLCAP, en el que se dispone que *“cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que éstos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones”*.

La modificación del PPT y, en su caso del PCAP, se traduce, como ya se ha adelantado, en la supresión del requisito relativo a disponer de un centro de producción en España.

Teniendo presentes las previas consideraciones sobre esta materia, estimamos que no puede considerarse esa supresión como una simple corrección de un error material del pliego, por cuanto la circunstancia de su no exigibilidad requiere en todo caso una operación valorativa que va más allá de la simple subsanación de un error material y teniendo asimismo presente tanto el alcance de la modificación como el momento del procedimiento de licitación en que se produce, los intereses legítimos de la recurrente y otros interesados se podrían ver afectados por la modificación, puesto que se encuentra abierto el plazo de presentación de ofertas y finaliza el próximo 22 de octubre, contando con un plazo inferior al legalmente establecido para la presentación. Por tanto procede desestimar lo solicitado por el órgano de contratación y proceder a una nueva convocatoria de licitación con las modificaciones oportunas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.M.Y., en nombre y representación de Ledus España, S.L., contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato “Mejora de la eficiencia energética del alumbrado público del Ayuntamiento de El Boalo, Cerceda y Mataelpino”, número de expediente: 2016/3875, declarando la nulidad del apartado 4.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.