Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 042/2021

Acuerdo 48/2021, de 31 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "INTERNACO, S.A.", frente a los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Suministro de maquinaria ligera, accesorios y recambios» promovido por la empresa pública "SOCIEDAD ARAGONESA DE GESTIÓN AGROAMBIENTAL, S.L.U." (SARGA).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 19 de marzo de 2021 se publicó, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), el anuncio de licitación del procedimiento a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El mismo anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) el 22 de marzo siguiente.

Según figuraba en los citados anuncios, el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 20 de abril de 2021.

Se trata de un contrato de suministros, licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 1 747 500 euros. El contrato se divide en dos lotes.

Posteriormente, se publicó corrección de errores el día 7 de abril de 2021 en la PCSP y el día 12 de abril siguiente en el DOUE. Dicha corrección ha supuesto la modificación del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que

rige el contrato, así como la ampliación del plazo de presentación de ofertas hasta el día 7 de mayo de 2021.

Segundo.- El día 13 de abril de 2021 fue interpuesto, a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, recurso especial en materia de contratación por don M.L.C., en nombre y representación de la mercantil "INTERNACO, S.A.", frente a los pliegos que rigen la licitación de referencia.

El recurso aduce –en síntesis– que el PPT impone especificaciones técnicas en el equipamiento a suministrar que limitan la concurrencia, por cuanto –según argumenta– sólo un proveedor es capaz de proveer el suministro. Discrepa asimismo de la configuración de los dos lotes en que se divide el contrato.

Por lo expuesto, solicita que –con carácter cautelar– se acuerde la suspensión del procedimiento de licitación y que, tras su tramitación, se estime su recurso y se declare que el pliego impugnado no es conforme a derecho.

Tercero.- Con fecha 14 de abril de 2021 se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación y se requirió el expediente de contratación y el informe a que alude el artículo 56.2 de 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).

El órgano de contratación remitió el expediente y el informe citado el día 19 de abril siguiente. En su informe, el órgano de contratación se opone al recurso.

Cuarto.- El mismo día 14 de abril de 2021, por parte de este Tribunal, se requirió a la mercantil "INTERNACO, S.A.", a fin de subsanar la falta de acreditación de la representación y de su capacidad para optar al contrato, otorgándole un plazo de tres días hábiles para ello. El día 22 de abril siguiente tuvo entrada en el registro del Tribunal la documentación solicitada para la subsanación.

Quinto.- Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición, no constaban interesados para conferir el trámite para formular alegaciones tal y como dispone el artículo 56.3 de la LSCP, dado que no había finalizado el plazo para presentar proposiciones.

Sexto.- Mediante Resolución 7/2021, de 6 de mayo, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, se decidió la suspensión –con carácter cautelar– del procedimiento de licitación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como cuestión previa, y determinante de la admisibilidad, procede determinar si "SOCIEDAD ARAGONESA DE GESTIÓN AGROAMBIENTAL, S.L.U." tiene o no la consideración de poder adjudicador.

Artículo 3.3 de la LCSP señala que se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Las fundaciones públicas.

c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien

nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

"SOCIEDAD ARAGONESA DE GESTIÓN AGROAMBIENTAL, S.L.U." es una empresa pública de capital social íntegramente suscrito por el Gobierno de Aragón, a través de la "CORPORACIÓN EMPRESARIAL PÚBLICA DE ARAGÓN S.L.U.", que actúa bajo la forma jurídica de sociedad mercantil de responsabilidad limitada. SARGA se constituye mediante escritura pública el 1 de octubre de 2012, quedando inscrita en el Registro Mercantil con fecha 13/11/2012, resultante de la fusión de las sociedades íntegramente participadas SODEMASA y SIRASA, previa autorización del Consejo de Gobierno de Aragón de 21 de marzo de 2012 y decisión de su socio único, la Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U., de 20 de junio de 2012.
Así, resulta que SARGA, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 3º de sus Estatutos Sociales, tiene atribuida la condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, de sus organismos públicos dependientes y de cuantas otras Administraciones Públicas ostenten parte de su capital social, estando obligada a realizar los trabajos que le encarguen dentro de las materias señaladas en su objeto social.

Por tanto, procede examinar si concurren los requisitos para considerar a "SOCIEDAD ARAGONESA DE GESTIÓN AGROAMBIENTAL, S.L.U." poder adjudicador no Administración Pública y, de ahí, que resulte apropiado traer a colación los Acuerdos de este Tribunal 104/2015, de 9 de diciembre, 33/2020, de 8 de mayo y 51/2020, de 6 de julio, en los que sobre este extremo se afirma lo siguiente:

«El concepto de poder adjudicador es de fundamento europeo y debe ser interpretado desde la lógica funcional del concepto, respetando los criterios que sobre el mismo ha fijado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), que no se pueden desconocer ni «reinterpretar» desde visiones nacionales. Esta doctrina del TJUE es fuente interpretativa de obligado cumplimiento, y tiene por función limitar aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. Además, el artículo 1 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, recuerda la obligación de respetar la jurisprudencia del TJUE.

La importancia de la jurisprudencia del TJUE es advertida en el considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública:

"El concepto de `poderes adjudicadores´ y en particular el de `organismos de Derecho público´, han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación ratione personae de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición, sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un `organismo de Derecho público´, ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil".

El concepto de "organismo de Derecho público" como concepto del Derecho de la Unión –que pretende el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia–, debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, y se define desde un punto de vista funcional, con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1,

letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las Sentencias Mannesmann, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27).

El artículo 2.4 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública (con definición similar a la que recogía el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004), define como `organismo de Derecho público´ a los efectos de su consideración como poder adjudicador a:

"Cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:

a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y

c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público".

Son tres los requisitos que se exigen para la calificación como poder adjudicador. Criterios que tienen carácter acumulativo y que deben cumplirse conjuntamente –así lo ha afirmado reiteradamente el TJUE en diversas Sentencias (STJUE de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96, de 1 de febrero de 2001, asunto C-237/99 y de 22 de mayo de 2003, asunto C-18/01)–:

1.- Que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; a tal efecto, un organismo que opera en condiciones comerciales normales, tiene por objeto obtener un beneficio y soporta las pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad, no tiene la finalidad de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Es decir, que sin riesgo empresarial en la

gestión se cumplirá siempre este requisito (interpretación fijada por la STJUE de 16 de octubre de 2003, en relación a la empresa pública española SIEPSA). La doctrina fijada en esta Sentencia es clara:

"… se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate".

2.- Que esté dotado de personalidad jurídica propia. Resultando, indiferente, el que sea pública o privada, como ha determinado el TJUE (así se expresa de forma clara en la STJUE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España).

3.- Que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público.

Estos tres requisitos son cumplidos de forma indubitada por Mercazaragoza: tiene personalidad jurídica, el control es público al ser una empresa de capital íntegramente público, y realiza una actividad de interés general y no exclusivamente industrial o mercantil.

Este último requisito es el que se discute por Mercazaragoza que, erróneamente, como se explicará, realiza una interpretación en la que lo mercantil, al margen del posible interés general, niega la condición de poder adjudicador. Y es errónea, porque desde 1998 el TJUE ha advertido que la idea de interés general –al margen de que sea una actividad industrial o mercantil–

es la que decanta este tercer requisito. Como refleja la STJUE de 10 de noviembre de 1998, Asunto BFI Holding BV, siempre tendrá vis atractiva el carácter de interés general, aunque sea una actividad industrial o empresarial (criterio confirmado, entre otras, por la STJUE Adolf Truley, de 27 de febrero de 2003).

Esta jurisprudencia se ha completado con otras sentencias que han perfilado la nota de actividad industrial o mercantil como existencia de riesgo empresarial. El TJUE ha analizado, desde una lógica funcional y no formal, la concurrencia o no de esta circunstancia, para lo que examina, como elemento determinante, las características de la actividad de la entidad, como son la competencia en el mercado, el ánimo de lucro, y la asunción real de riesgos por parte de la misma.

En la Sentencia de 10 de mayo de 2001, Agorà Srl. (Ente Autónomo Fiera di Milano), el TJUE entiende que:

"36 Sobre este particular, es oportuno referirse a la enumeración de los organismos de Derecho público contenida en el anexo I de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9), en su versión modificada por la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 199, p. 54), a la que se refiere el artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50. Sin ser exhaustiva, esta lista pretende ser lo más completa posible.

37 El análisis de dicha enumeración demuestra que por regla general se trata de necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado, y que, por otra parte, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto a las cuales quiere conservar una influencia determinante (véase, en este sentido, la sentencia BFI Holding, antes citada, apartados 50 y 51).

38 Por otra parte, si bien el Tribunal de Justicia declaró que el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no excluye las necesidades que también son o podrían ser satisfechas por empresas privadas (sentencia BFI Holding, antes citada, apartado 53), también consideró que la existencia de una competencia desarrollada y, en particular, el hecho de que el

organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil (sentencia BFI Holding, antes citada, apartado 49), que se extienden tanto a nivel internacional como nacional y regional, corrobora la interpretación según la cual la actividad consistente en organizar ferias y exposiciones no se ajusta al criterio definido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de la Directiva".

La jurisprudencia del TJUE (STJUE Riita Korhonen y otros, de 22 de mayo de 2003), recogida expresamente en la Directiva 2014/24/UE, pone el énfasis en que un organismo de Derecho público, es un organismo que no opera en condiciones normales de mercado, carece de ánimo de lucro y no soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad. Tesis confirmada por la 6 de octubre de 2003, que concluye la condición de poder adjudicador de la empresa pública española Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SIEPSA). El Tribunal entendió en aquella ocasión que la actividad de la empresa en cuestión era de interés general, al constatar que no asumía riesgo, ni perseguía fines de lucro, circunstancia que evidencia que carece de contenido económico, al ser el riesgo consustancial a toda actividad empresarial.

Del objeto social establecido en los Estatutos de Mercazaragoza, que se reproduce en el antecedente segundo de este Acuerdo, cabe afirmar, sin lugar a dudas, que todas sus actividades responden a la necesidad de satisfacer intereses generales, y que es a través de la creación de Mercazaragoza como el Ayuntamiento de Zaragoza y MERCASA les dan respuesta y los satisfacen. En este punto, puede afirmarse, que la finalidad de mejora del abastecimiento de productos alimenticios y su red de comercialización y distribución encomendada a Mercazaragoza, tiene por objetivo satisfacer necesidades que pueden calificarse como de interés general. Lo que, per se, implica el cumplimiento del tercer requisito para tener consideración de poder adjudicador.

Asimismo, en una actividad en la que no existe competencia, resulta difícil justificar su carácter industrial o mercantil (como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 7/2015, de 12 de mayo, respecto a la Feria de Zaragoza). Pero aunque así fuera, la vis atractiva de la nota de interés general, que resulta indiscutible, determina que Mercazaragoza es poder adjudicador no Administración Pública, y debe respetar las reglas del artículo 190 TRLCSP en contratos de importes armonizados (y no las previsiones del artículo 192 TRLCSP).

La conclusión expuesta se refuerza todavía más con el dato de que Mercazaragoza tiene la condición de medio propio instrumental del Ayuntamiento de Zaragoza. Así se reconoce de forma expresa en sus Estatutos vigentes. Esta condición de medio propio conduce de manera inexorable a su condición de poder adjudicador. Y ello no solo desde una interpretación teleológica –que por sí misma rechaza la posibilidad de que una prestación que se debería someter a las reglas de una licitación pública, como consecuencia de un encargo a un medio propio, pueda quedar sustraída a las reglas de la contratación pública–, sino porque la previsión tiene reflejo legal expreso en el artículo 4.1.n) TRLCSP:

"...los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.a del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190".

Esta disposición disciplina el régimen de contratación con terceros que deben aplicar los medios propios, y que, en definitiva, no es otro que el régimen

previsto en el TRLCSP para las Administraciones públicas, o bien para los poderes adjudicadores cuando se trate de entidades de naturaleza privada, como es el caso de las Sociedades mercantiles (de ahí la referencia «a la naturaleza de la entidad»). No es admisible, desde la previsión legal, la posibilidad de considerar que un medio propio se califique, a efectos de los contratos que celebre con terceros, como una entidad del sector público que no tenga la consideración de poder adjudicador.

Esta argumentación ha sido también la utilizada por el órgano de recursos contractuales del País Vasco en su Resolución 23/2015, de 24 de febrero, en relación a la tramitación de un contrato de MERCABILBAO, donde se concluye que esta entidad tiene la condición de poder adjudicador, al realizar funciones de interés general (aunque puedan ser también de interés industrial o mercantil) y que, sobretodo, la propia condición de medio propio avoca a MERCABILBAO a la condición de poder adjudicador.

En consecuencia, Mercazaragoza tiene la condición de poder adjudicador no Administración Pública [artículo 3.3 b) TRLCSP] –actualmente, artículo 3.3.d) de la LCSP– *y, por ello, sus contratos, pueden ser objeto de control mediante recurso especial, ante este Tribunal administrativo*».

A mayor abundamiento, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2017, *UAB LitSpecMet*, en la que se afirma que: «*una sociedad que, por una parte, pertenece en su totalidad a un poder adjudicador cuya actividad consiste en satisfacer necesidades de interés general y que, por otra parte, lleva a cabo tanto operaciones para dicho poder adjudicador como operaciones en el mercado competitivo, debe calificarse de "organismo de Derecho público" en el sentido de esta disposición, siempre que las actividades de dicha sociedad sean necesarias para que ese poder adjudicador pueda ejercer su actividad y que, para satisfacer necesidades de interés general, la referida sociedad se guíe por consideraciones que no sean eCarece de pertinencia a este respecto el hecho de que el valor de las*

operaciones internas pueda representar, en un futuro, menos del 90% del volumen de negocios global de la sociedad o una parte no esencial de éste».

En el caso que nos ocupa, resulta que "SOCIEDAD ARAGONESA DE GESTIÓN AGROAMBIENTAL, S.L.U.", es una mercantil cuyo capital social –corresponde, como socio único, a la "CORPORACIÓN EMPRESARIAL PÚBLICA DE ARAGÓN, S.L.U.", que según el DECRETO 314/2007, de 11 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la empresa pública «Corporación Empresarial Pública de Aragón, Sociedad Limitada Unipersonal», es de capital suscrito íntegramente por el Gobierno de Aragón. De ahí que dicha mercantil quede dentro del ámbito de aplicación de la LMMCSPA, conforme a su artículo 2.1.

Por otro lado, de conformidad con lo expuesto y, en consonancia con los artículos 2.1 y 3.3.d) de la LCSP, en el caso que nos ocupa al igual que en los analizados en los Acuerdos citados, se llega a idéntica conclusión en cuanto a la consideración de "SOCIEDAD ARAGONESA DE GESTIÓN AGROAMBIENTAL, S.L.U." como poder adjudicador y su régimen aplicable.

SEGUNDO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "INTERNACO, S.A." para interponer recurso especial y su representación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo su resolución, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y va dirigido contra los pliegos que rigen el contrato, actuación susceptible de recurso especial, de acuerdo con el artículo 44.2.a) de la LCSP.

El recurso se ha planteado en tiempo y forma.

TERCERO.- En el primer motivo del escrito de recurso, la mercantil plantea que los pliegos incurren en infracción legal debido a que existe «*una vulneración de los principios de libre concurrencia, no discriminación e igualdad de trato de los licitadores en el apartado 2.1.8) del pliego de prescripciones técnicas*».

La recurrente en su escrito razona lo anterior, de la siguiente manera:

«*Tanto en los pliegos del 2.019, como en los del año 2.021, se puede apreciar la existencia de un LOTE 2 para el suministro de accesorios y recambios de máquinas de la marca STIHL, lo que supone la constatación del extremo ya indicado, y que implica que ya desde antes del 2.019 la casi totalidad del parque de maquinaria ligera del SARGA es de la marca STIHL. El que SARGA muestre una preferencia por la marca STIHL con base claramente subjetiva supone que en los procesos de contratación se articulen mecanismos destinados a que se adquieran sólo máquinas de esa marca, con independencia de que haya en el mercado productos de similares características técnicas, con un rendimiento técnico equiparable, y que, si se dieran las condiciones que permitieran una libre competencia, pudieran incluso satisfacer las necesidades de la Administración a un precio más ventajoso.* (...)

La SOCIEDAD ARAGONESA DE GESTIÓN AGROAMBIENTAL, S.L.U (SARGA) en el apartado 2.1.8) de su pliego de prescripciones técnicas establece una falsa apariencia, y por ello no ajustada a Derecho, que parece salvaguardar las condiciones de libre concurrencia exigidas legalmente, al establecer dentro de cada tipo de maquinaria (desbrozadoras, motosierras, podadoras y biotrituradoras) un conjunto de horquillas respecto a la cilindrada, vibraciones, régimen de ralentí (r.p.m), etc., dentro de las cuales sea crea la falsa la impresión de que son subsumibles máquinas de distintas marcas. Pues bien, ese aparente abanico de opciones que, de entrada, parece deducirse de los cuadros de características técnicas contenidos en el apartado 2.1.8), no

existe, ya que las únicas máquinas que pueden cumplir de manera conjunta todos y cada uno de los requisitos dentro del rango exigido son las máquinas de la marca STIHL. Ninguna otra marca (HUSQVARNA, ECHO, HONDA, SOLO, etc.) puede cumplir la totalidad de esas características, aun teniendo en sus catálogos máquinas homologables y cumplidoras de las exigencias comunitarias; cabe decir que, además, las máquinas de esas marcas son utilizadas por otras AA.PP. y entes públicos para los mismos fines para los que los quiere SARGA (véase por ejemplo TRAGSA que ha adquirido máquinas HUSQVARNA en un reciente concurso, se adjunta la resolución de adjudicación como ANEXO II). De hecho, como expondremos más adelante, las máquinas que no son STIHL pueden, en cada tipo, cumplir individualmente alguna de las características (cilindrada, vibraciones, etc.) pero nunca todos a un tiempo, con lo que de manera solapada el PPT impone que sólo aquellas personas físicas o jurídicas que comercializan la marca STIHL puedan afrontar la licitación con visos de poder ganarla, expulsando a otros competidores con productos con características similares y que podrían satisfacer las finalidades del contrato que ahora se recurre.

Atendiendo a lo expuesto y la dicción de las características establecidas en el apartado 2.1.8) las únicas máquinas que un licitador puede ofertar y que cumplan con todos los parámetros técnicos establecidos en los pliegos (cilindrada, peso, potencia, vibraciones y certificación de calidad) son las siguientes:

TIPO DE MÁQUINA REFERIDA EN LOS PLIEGOS	***MÁQUINA MODELO DE CUMPLE CON LOS REQUÍSITOS***
DESBROZADORA TIPO 1	*STIHL FS 490*
DESBROZADORA TIPO 2	*STIHL FS 560*
MOTOSIERRA TIPO 1	*STIHL MS 201 C-M*
MOTOSIERRA TIPO 2	*STIHL MS 261*
MOTOSIERRA TIPO 3	*STIHL MS 362*

PODADORA DE ALTURA TIPO 1	*HT 102*
PODADORA DE ALTURA TIPO 2	*HT 133*

Con el fin de hacer prueba de lo anterior se adjunta a este escrito como DOC.3 las fichas técnicas donde figuran las características de las Desbrozadoras STIHL FS-490 Y FS 560, las Motosierras STIHL MS 201 C-M, MS 264 Y MS 362 y de las podadoras de altura HT 102 u 133.

En su catálogo, INTERNACO, S.A. tiene desbrozadoras, motosierras y podadoras en altura de la marca HUSQVARNA y trituradores CARAVAGGI que podrían satisfacer las necesidades del LOTE 1 en lo que a maquinaria ligera se refiere y que, de hecho, cumplen la casi totalidad de los parámetros. Así, por ejemplo, para la:

1. DESBROZADORA TIPO 1: INTERNACO, S.A. podría ofertar el modelo HUSQVARNA 545RXT si no fuera por el hecho de que el condicionante técnico del pliego nos excluye, por 4,7 cm^3 de menos en la cilindrada, y por 0.2 m/s^2 de exceso vibraciones en el manillar izquierdo.

2. DESBROZADORA TIPO 2: INTERNACO, S.A. podría ofertar el modelo HUSQVARNA 555RXT si no fuera por el hecho de que el condicionante técnico del pliego nos excluye igualmente por la cilindrada mejorando ostensiblemente vibraciones, peso y decibelios.

3. MOTOSIERRA TIPO 1: La motosierra HUSQVARNA T540XP cumple con todos los requisitos excepto por los decibelios. Los pliegos fijan la intensidad sonora en 100 decibelios y la motosierra HUSQVARNA produce 104.

4. MOTOSIERRA TIPO 2: INTERNACO, S.A. dispone del modelo HUSQVARNA 550XP pero no cumpliría por peso (la máquina HUSQVARNA pesa 100 gr. menos), tiene una vibración en exceso de 01 y 0.2 m/s^2 en las

asas derecha e izquierda respectivamente, y produce un ruido superior a 105 decibelios (la máquina produce 106 dB).

5. MOTOSIERRA TIPO 3. INTERNACO, S.A. podría ofertar la motosierra HUSQVARNA 560XP con un nivel de vibraciones mínimamente superior (0.1 m/s^2 por encima de lo exigido).

6. PODADORA DE ALTURA 1. INTERNACO, S.A. podría ofertar la HUSQVARNA 525P4S que cumple las características.

7. PODADORA DE ALTURA 2. INTERNACO, S.A. podría ofertar la HUSQVARNA 525PT5S que tiene una cilindrada de 25.4 cm^3, cuando la mínima exigida en 30, y un nivel de vibraciones inferior al exigido (2.9 y 3.2 m/s^2 en las asas derecha e izquierda cuando el valor exigido –sin horquilla alguna– es 4.8).

En prueba de lo anterior se adjuntan como DOC.4 las fichas técnicas de los productos HUSQVARNA enumerados.

En una situación análoga a la de las marcas HUSQVARNA se encuentran los comercializadores de las máquinas marca ECHO, que aun pudiendo presentar –como INTERNACO, S.A.– maquinaría técnicamente equiparable a la que pudiera ofertar la marca STIHL y que cumple –también como HUSQARNA y STIHL– con los estándares establecidos por las Directivas europeas y la entidad certificadora ISO, no satisfacen los restrictivos parámetros establecidos por el órgano licitador, que, insistimos, no obedecen a las necesidades técnicas derivadas del uso que se le habrán de dar a las máquinas, sino a las preferencias comerciales por un determinado producto (los de STILH) que, como hemos dicho, podría ser sustituido por otra de una marca de significado prestigio sin que por ello se dañe la finalidad del contrato ni se resienta patrimonialmente la Administración contratante. En este sentido los comercializadores de los productos ECHO (como los de HUSQVARNA)

podrían ofertar para cada tipo de máquina ligera establecida en los pliegos las siguientes máquinas:

1. *DESBROZADORA TIPO 1: Desbrozadora ECHO BCLS 520 ES*
2. *MOTOSIERRA TIPO 1: MOTOSIERRA CS 281 WES*
3. *MOTOSIERRA TIPO 2: MOTOSIERRA CS 501 SX*
4. *MOTOSIERRA TIPO 3. MOTOSIERRA CS 620 SX*
5. *PODADORA DE ALTURA 1. PODADORA DE ALTURA PPF 236 ES*
6. *PODADORA DE ALTURA 2. PODADORA DE ALTURA PPT 2620 HES.*

A la vista de lo expuesto, la recurrente da cumplimiento a los requisitos establecidos por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución nº 492/2019 que señala:

" A este respecto, hay que comenzar precisando que corresponde a la recurrente acreditar la existencia de las limitaciones alegadas en el acceso a la licitación, dando lugar a una indebida restricción de la concurrencia, por tratarse, como afirma, de especificaciones técnicas que solamente pueden ser cumplidas por un fabricante y sus distribuidores. No basta a estos efectos con una mera coincidencia en cuanto a la descripción realizada con el previsto en las fichas de producto de un fabricante o distribuidor concreto. Ello simplemente pondría de manifiesto, como se ha dicho, una mera coincidencia, nada más.

Para que tal coincidencia pueda ser relevante a efectos de considerarlo como una limitación o traba en el acceso a la licitación es preciso que el recurrente acredite que efectivamente tales especificaciones técnicas previstas en el pliego solamente pueden ser cumplidas por un licitador, con exclusión de todos los demás. En este caso, la recurrente habría de acreditar que el mobiliario requerido sólo puede ser fabricado por un licitador concreto y determinado. Así

ha sido declarado por este Tribunal en otras ocasiones (vid. Entre otras, Resolución 823/2017).

Sin embargo, esto no se ha probado. En el Pliego de Prescripciones Técnicas no se contienen referencias a marcas o a modelos concretos fabricados por un solo posible licitador. La recurrente no ha acreditado que las características del producto requerido solamente puedan ser alcanzadas por un solo licitador. Con los datos de los que dispone, no resulta acreditado que ningún otro licitador no pueda fabricar el mobiliario descrito en el pliego de prescripciones técnicas, por lo que procede desestimar el recurso."

Y lo hace, partiendo de la premisa de que lo que se discute no es la facultad discrecional del órgano licitador para determinar que necesidades técnicas que se han de exigir, sino la contravención de los mandatos jurídicos derivada del uso de esos criterios técnicos para dirigir la licitación hacía un producto en concreto que excluya al resto sin que exista causa que lo explique ni motivación que lo justifique (…)».

Frente a ello, el órgano de contratación en su informe sobre el recurso opone lo siguiente: «*Se alega por la recurrente que SARGA se desvía de la obligación de establecer criterios técnicos objetivos que permitan a una pluralidad de licitadores ofertar una gama de productos que, sin estar limitados directa o indirectamente a una marca, reúnan unas características homologables, pudiendo cualquiera de ellos dar satisfacción a las necesidades concretas del órgano licitador y, por ende, de los administrados.*

Se afirma por la recurrente que en el apartado 2.1.8) del pliego de prescripciones técnicas que rige la licitación se establece una falsa apariencia, no ajustada a Derecho, que parece salvaguardar las condiciones de libre concurrencia exigidas legalmente, al establecer dentro de cada tipo de maquinaria un conjunto de horquillas respecto a la cilindrada, vibraciones, régimen de ralentí, etc., dentro de las cuales se señala que se crea la falsa impresión de que son subsumibles máquinas de distintas marcas.

Se hace referencia asimismo que otras entidades del sector público han adquirido maquinaria de la marca Husqvarna para los mismos fines.

Tal y como se ha indicado al analizar las consideraciones previas, las prescripciones técnicas establecidas se ajustan a las necesidades reales de SARGA, no pudiendo la recurrente pretender sustituir la voluntad de SARGA en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que se pretenden alcanzar con el mismo, máxime cuando se ha podido comprobar por la recurrente que los productos fabricados por la marca Husqvarna no se adecúan a la realidad de los trabajos a desarrollar con esta maquinaria durante la prueba piloto realizada.

SARGA ha determinado justificadamente las características idóneas que deben cumplir las máquinas a emplear en los trabajos a desarrollar por las cuadrillas que integran el operativo forestal y medioambiental. No se han fijado artificiosamente las prescripciones del material requerido para limitar la concurrencia o impedir deliberadamente, en este caso, la participación de licitadores con máquinas fabricadas por la marca Husqvarna.

Por otra parte, las comparativas realizadas entre los valores requeridos por SARGA y los planteados por otras entidades del sector público (Tragsa, Xunta de Galicia) en sus pliegos de licitación, no predetermina que los valores establecidos por SARGA sean restrictivos y limiten la concurrencia, por el mero hecho de que en aquellos procedimientos los requisitos exigidos sean más favorables para la maquinaria de la marca Husqvarna. Por ejemplo, las diferencias existentes en los intervalos relativos a las vibraciones, se justifican por el hecho de que se ajustan a la vibración límite en cálculo de jornada laboral que, desde el punto de vista preventivo, deben soportar los trabajadores (5 m/s^2), de forma que si se superase dicho valor no se podría utilizar la máquina una jornada completa a diario por un mismo trabajador. En otras entidades quizás se hayan indicado valores superiores de vibración a los fijados por SARGA en sus pliegos, pero quizás ello pueda deberse a que no se

prevé el uso de la maquinaria más de 1 ó 2 horas diarias máximo por trabajador. En SARGA, al tener que ser diariamente controlado el tiempo de trabajo con cada máquina por el jefe de cuadrilla, se requiere que el tiempo de uso máximo diario no sea limitante, dado que sería muy complejo el cálculo de tiempos al tener que poder combinar varias máquinas durante la misma jornada de trabajo. Es imprescindible adoptar medidas que permitan garantizar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en vigor, así como las prescripciones establecidas por la Inspección de Trabajo y los acuerdos del Comité de Seguridad y Salud de SARGA.

Asimismo, se hace referencia por la recurrente a la limitación de la libre concurrencia, no discriminación e igualdad de trato que supone el requerimiento de arnés acochado como accesorio para las podadoras de altura. La exigencia de este accesorio no es un mero capricho o un elemento más incorporado con el objetivo de conseguir la exclusión de facto de cualquier posibilidad de que una comercializadora de una marca competidora presente una oferta viable, tal y como esgrime en sus alegaciones la recurrente. Dicho requerimiento de arnés deriva de una prescripción de Inspección de Trabajo para el uso de este tipo de máquina podadora, solicitándose acolchado como medida preventiva de mejora de la ergonomía del equipo.

Por lo tanto, el establecimiento de las prescripciones técnicas de las máquinas a adquirir por SARGA, y sus accesorios, responde a criterios absolutamente objetivos, vinculados al objeto de los trabajos a realizar por las cuadrillas de los operativos forestal y natural de SARGA, y no necesariamente comparables a las condiciones de trabajo de operarios de otras entidades que hayan licitado suministro de maquinaria de similar tipología. Los valores de referencia establecidos son los adecuados a los trabajos a realizar por SARGA, que no tiene por qué ajustarse a la forma de presentación que libremente haya elegido cada productor, sino que puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades. Son los productores o fabricantes los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las

prescripciones técnicas, algo que podrían hacer, si a su interés conviniera, modificando su forma de producción sin que nada se lo impida.

La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser tales entidades las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad. El contrato debe ajustarse a los objetivos que la entidad contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de la normativa aplicable. Así se ha venido reconociendo por la doctrina de los tribunales administrativos y de las juntas consultivas de contratación administrativa, entre otras, Resolución Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales nº 156/2013, 194/2013, nº 548/2014, nº 652/2014, nº 756/2014, nº 834/2015, Resolución nº 9/2013 Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid, informe 2/2009 de la Junta Consultiva de Navarra, entre otras.

La recurrente, Internaco, pretende argumentar que la insuficiencia de las máquinas fabricadas por la marca Husqvarna, de las que es distribuidor, para la realización de los trabajos requeridos por SARGA, deriva del establecimiento por la sociedad de unos requisitos excesivos y dirigidos a obtener el suministro de maquinaria de una determinada marca del mercado; sin embargo, es la propia recurrente quien reconoce expresamente durante la realización de las pruebas piloto referidas con anterioridad la inadecuación de los materiales fabricados por esta marca para el uso requerido por SARGA, proponiendo por su parte el uso de materiales de otra marca, precisamente de la marca Sthil, para garantizar el adecuado funcionamiento de alguna de sus propias máquinas (por ejemplo, discos de desbrozadora).

No cabe solicitar, en defensa del principio de libre concurrencia, que el órgano de contratación rebaje los niveles mínimos definidos en sus prescripciones técnicas, con el fin de que el licitador pueda participar en el procedimiento ofertando productos que de otra manera no cumplirían con los estándares de calidad exigidos. Máxime cuando ha quedado acreditado, y ha sido comprobado de facto por la recurrente, que dichos valores responden exclusivamente a la necesidad de garantizar por el órgano de contratación de SARGA el cumplimiento adecuado de los requerimientos de seguridad, ergonomía y prestaciones, disponibilidad de repuestos, servicio post-venta y reparación de averías de la maquinaria manual necesaria para el desarrollo de los trabajos a realizar por las cuadrillas del operativo forestal y medioambiental de la sociedad. Dichos trabajos son encomendados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, respecto de la que SARGA tiene la condición de medio propio personificado y servicio técnico, estando obligada a realizar tales trabajos en las condiciones establecidas, sin posibilidad de variar unilateralmente los rendimientos y objetivos marcados por la propia Administración».

Expuestos los términos del debate, puede apreciarse que en el apartado 2.1.8 del PPT impugnado se especifican las distintas máquinas que se pretenden adquirir, con concreción de las características que cada una de ellas ha de reunir, las cuales –según la recurrente– corresponden a un producto y fabricante determinado, exigencias que estarían limitando el acceso a la licitación, lo que el órgano de contratación niega.

En primer lugar, cabe acudir al régimen legal aplicable a la cuestión controvertida, el cual lo encontramos en el artículo 126 de la LCSP, que reproducimos a continuación:

«*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.

2. Las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, según la definición establecida en el artículo 148, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.

3. Para toda contratación que esté destinada a ser utilizada por personas físicas, ya sea el público en general o el personal de la Administración Pública contratante, las prescripciones técnicas se redactarán, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, tal y como son definidos estos términos en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.

Sin perjuicio de lo anterior, siempre que existan requisitos de accesibilidad obligatorios adoptados por un acto jurídico de la Unión Europea, las especificaciones técnicas deberán ser definidas por referencia a esas normas en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.

4. Siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

5. Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho de la Unión Europea, las prescripciones técnicas se formularán de una de las siguientes maneras:

a) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo;

b) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; acompañando cada referencia de la mención "o equivalente";

c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales según lo mencionado en la letra a), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estos requisitos de rendimiento o exigencias funcionales, a las especificaciones contempladas en la letra b);

d) Haciendo referencia a especificaciones técnicas mencionadas en la letra b) para determinadas características, y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra a) para otras características.

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".

7. Cuando los órganos de contratación hagan uso de la opción prevista en el apartado 5, letra a), de formular prescripciones técnicas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, no podrán rechazar una oferta de obras, de suministros o de servicios que se ajusten a una norma nacional que transponga una norma europea, a un documento de idoneidad técnica europeo, a una especificación técnica común, a una norma internacional o a un sistema de referencias técnicas elaborado por un organismo europeo de normalización, si tales especificaciones tienen por objeto los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales exigidos por las prescripciones técnicas, siempre que en su oferta, el licitador pruebe por cualquier medio adecuado, incluidos los medios de prueba mencionados en los artículos 127 y 128, que la obra, el suministro o el servicio conforme a la norma reúne los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales establecidos por el órgano de contratación.

8. Cuando los órganos de contratación hagan uso de la opción de referirse a las especificaciones técnicas previstas en el apartado 5, letra b), no podrán rechazar una oferta basándose en que las obras, los suministros o los servicios ofrecidos no se ajustan a las especificaciones técnicas a las que han hecho

referencia, siempre que en su oferta el licitador demuestre por cualquier medio adecuado, incluidos los medios de prueba mencionados en el artículo 128, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos exigidos en las correspondientes prescripciones técnicas».

Asimismo, la resolución del presente motivo requiere partir de la base de que es al órgano de contratación, y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden satisfacerse mediante el contrato en cuestión, así como la idoneidad de su objeto y el modo para lograrlo (artículo 22.1 de la LCSP) y que, en el caso que nos ocupa, el órgano de contratación expresamente en el informe emitido con ocasión del presente recurso indica que son éstas, precisamente, las funcionalidades y exigencias técnicas que pretende hacer cumplir.

Lo cierto es que el PPT no realiza referencias a marcas, definiendo los productos a suministrar en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, conforme al artículo 126.5 de la LCSP.

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 621/2017, de 7 de julio, en la que, citando la Resolución 688/2015, afirma que: «(l)*a determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la Mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad. En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación*». Y añade más recientemente dicho

Tribunal administrativo, sobre la posible vulneración del artículo 117.8 del TRLCSP –correlativo al vigente artículo 126.6 de la LCSP–, en su Resolución 143/2018, de 9 de febrero: «(c)*uestión distinta es que la especificación de las características técnicas contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas sólo puedan ser cumplidas por uno solo de los licitadores. En este caso tales características sólo podrán ser desechadas en el caso de que se acredite la indudable voluntad de la Administración de favorecer a un determinado licitador, haciendo imposible la presentación de ofertas por los demás. Ello tendrá lugar en el caso de que los requisitos exigidos resulten injustificados o irrazonables. Sin embargo, en el caso de que las características exigidas aparezcan adecuadamente justificadas, debido a que vienen motivadas por las necesidades de la Administración que pretenden satisfacerse mediante la celebración del contrato, el hecho de que sólo un licitador pueda cumplirlas resulta irrelevante. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el objetivo primero de la contratación es la satisfacción de las necesidades de la entidad contratante, por lo que ha de ser ésta la que determine sus necesidades y las características de los productos o prestaciones que las satisfacen*».

También la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de fecha 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15), incide en el amplio margen de que disponen los poderes adjudicadores para determinar los elementos a tener en cuenta de cara a la adjudicación del contrato, siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

Este criterio lo ha mantenido este Tribunal en el Acuerdo 86/2017, de 24 de julio, en el que además también se razona que: «(e)*n todo caso, y respetando los principios de la contratación pública (139 TRLCSP), y en especial, el principio de igualdad de trato, que tiene por objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador (por todas, STJUE de 2 de junio de 2016, Pippo Pizzo), debe volver a recordarse que el órgano de contratación goza de libertad para definir y*

determinar el objeto del contrato para satisfacer, del modo más eficaz y eficiente, las necesidades que se le planteen. Y así se ha señalado en nuestros Acuerdos 91/2015 y 56/2016 (criterio que igualmente sostiene el Tribunal Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones 115/2011 y 83/2012 al recordar la existencia de discrecionalidad técnica para decidir el objeto de la prestación)». En idénticos términos se ha manifestado este Tribunal administrativo en sus Acuerdos 37/2018, y 38/2018, ambos de 4 de junio.

Pues bien, la recurrente en su escrito afirma que los productos a suministrar, atendiendo a las características técnicas exigidas, sólo las puede proveer un fabricante y a fin de acreditarlo, aporta fichas de los productos de la marca que ella distribuye, así como de las de otra marca, con las que, según ella, se acreditaría que no cumplen lo exigido en la licitación impugnada, pero, aun teniéndolo por acreditado, en ningún caso ello permite deducir que las especificaciones técnicas definidas en el PPT únicamente pueden ser cumplidas por un fabricante y sus distribuidores. Por tanto, la recurrente no satisface mínimamente la carga de la prueba que le incumbe. En consecuencia, no se considera que las prescripciones técnicas impugnadas limitan o impidan el acceso de los licitadores en condiciones de igualdad al procedimiento de licitación por lo que procede desestimar el presente motivo.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso tiene por objeto la impugnación de lo establecido en el apartado 2.1.2) del PPT, argumentando de la siguiente manera:

«(...) *para el caso concreto de las podadoras de altura de los tipos 1 y 2, se exige un accesorio específico, el arnés acolchado. Este elemento sólo es comercializado para las podadoras en altura de la marca STIHL, lo que supone una exclusión de facto de cualquier posibilidad de que una comercializadora de una marca competidora presente una oferta viable. El exigir este accesorio como requisito excluyente sería ya de por sí una cuestión controvertida, un*

accesorio por definición es un elemento no esencial de algo principal y por lo tanto no es determinante respecto al rendimiento de la máquina, que es, desde una perspectiva técnica lo que debería interesar. Su inclusión podría ser defendible por el órgano licitador al amparo de una interpretación muy extensiva del ejercicio de las potestades discrecionales que tiene reconocidas en sede de determinación de las características técnicas del pliego, si no fuera por la inclusión en el pliego del apartado 2.1.2), que establece lo siguiente:
Todos los productos suministrados pertenecerán a una misma marca, tanto maquinaria como accesorios, a excepción de la biotrituradora que podrá ser de distinta marca, al tratarse de una máquina, que podrá ser de distinta marca, al tratase de una máquina que si bien es comercializada por distribuidores de máquina ligera no suele ser un producto fabricado por las marcas más habituales de maquinaria ligera.

Al introducir este condicionante se está vulnerando de manera taimada aunque insoslayable, lo dispuesto en al art. 126.6 de la LCSP, ya que al exigir que toda la maquinaria ligera incluida en el LOTE 1 sea de la misma marca, y al establecer de manera paralela y encubierta que las podadoras incorporen un accesorio que sólo comercializa una marca, se está imponiendo por vía indirecta que los únicos productos que sean ofertados con visos de tener expectativas reales de ser seleccionados como idóneos son los la marca STIHL; limitando con ello la libre concurrencia y cercenando la posibilidad de que la administración contratante pueda obtener mejores precios de compra a través un proceso de contratación competitivo con una mayor pluralidad de ofertas.

La inteligencia que este recurrente hace del art. 126.6 es que lo que legislador pretende al prohibir taxativamente que se mencione de manera expresa una marca en los pliegos es evitar que el órgano licitador dirija la licitación y pueda favorecer o descartar ciertas empresas o productos. Esta prohibición se burla, en este caso, por la vía del artificio lingüístico y de la obligada interpretación sistemática de los pliegos, siendo el objetivo último del órgano contratante el

esquivar la prohibición cumpliendo su tenor literal pero buscando alcanzar el objetivo que se prohíbe, que es favorecer una determinada marca (o empresas comercializadoras de esa marca), consiguiéndolo por la vía de la imposición de hecho.

A juicio de la recurrente el comportamiento del órgano encargado de elaborar los pliegos no es en nada inocente, sino que obedece a un objetivo claro: asegurarse que los productos comprados sean inevitablemente máquinas marca STIHL. Y lo hace de una manera que recuerda harto clara a la figura del fraude de ley propia del derecho privado y regulada en el art.6.4 del Código Civil.

Al igual que ocurre en la alegación PRIMERA lo dicho a lo largo de esta segunda argumentación se basa en que las cuestiones expuestas hasta el momento, en tanto que imponen la compra de productos de una determinada marca, son cuestiones sujetas al debato jurídico, en tanto que se trata de condicionantes, igualmente jurídicos y no técnicos que obedecerían a criterios estrictamente profesionales o utilitaristas. En tanto que la imposición –de manera no expresa pero infranqueable– de la marca STIHL en lo que se refiere al LOTE 1, no obedece a una justa causa que haya sido justificada por el órgano licitador (su silencio a la hora fundamentar la necesidad técnica de la cláusula 2.1.2 es evidente), lo que de manera práctica se está consiguiendo es una la restricción ilícita de la libre competencia, en vulneración clara de las normas de la LCSP sobre definición de las prescripciones técnicas; e incurriendo en un actuar arbitrario. (cfr. Resolución nº 1241/2019 TACRC, Fundamento Jurídico SEXTO)».

Frente a ello el órgano de contratación opone lo siguiente:

«*Asimismo, se hace referencia por la recurrente a la limitación de la libre concurrencia, no discriminación e igualdad de trato que supone el requerimiento de arnés acochado como accesorio para las podadoras de altura. La exigencia de este accesorio no es un mero capricho o un elemento*

más incorporado con el objetivo de conseguir la exclusión de facto de cualquier posibilidad de que una comercializadora de una marca competidora presente una oferta viable, tal y como esgrime en sus alegaciones la recurrente. Dicho requerimiento de arnés deriva de una prescripción de Inspección de Trabajo para el uso de este tipo de máquina podadora, solicitándose acolchado como medida preventiva de mejora de la ergonomía del equipo».

El presente motivo debe ser desestimado por la misma causa y motivos que el Fundamento de Derecho anterior al que nos remitimos, puesto que la recurrente no cumple con la carga de la prueba que le incumbe al no acreditar que las especificaciones técnicas definidas en el PPT –concretamente, el accesorio que deben incorporar las podadoras– solamente pueden ser cumplidas por un determinado fabricante y sus distribuidores.

QUINTO.- Como tercer motivo del recurso se impugna la división por lotes efectuada en la presente licitación, porque según la recurrente constituye un «*medio para vulnerar los mandatos de art. 1 y 126 de la LCSP*».

En el escrito de recurso se razona la impugnación de la siguiente manera:

«*En el LOTE 1 se incluyen maquinaria ligera (desbrozadoras, motosierras y podadoras) de uso individual, maquinaria pesada remolcable (trituradora) que se utiliza para la gestión de los desechos de biomasa – lo que la acercaría más al campo de la máquina de reciclaje y no de la netamente forestal o de jardinería), y los accesorios necesarios para unas y otra.*

La heterogeneidad señalada, con independencia de lo criticable que pudiera ser desde una perspectiva práctica, podría ser asumible sino no actuara como coadyuvante a la limitación del principio de libre concurrencia, que se evidencia mediante la presencia del ya citado apartado 2.1.2) del PPT al que hemos hecho referencia. Este apartado no sólo vicia el epígrafe referido a las características técnicas (el 2.1.8), sino que inhabilita la división por Lotes

establecida, al convertirla en instrumento que concentra bienes inconexos en una unidad artificial provocando que la oferta que se seleccione se corresponda (excepto la trituradora) con una misma marca. Cualquier clase de interpretación que permitiera apreciar elementos que posibiliten avalar la posible presencia de una libre competencia entre potenciales licitadores, se hace imposible con un LOTE 1 como el que se presenta.

Como decimos, el apartado 2.1.2) impone la obligación de que todas las máquinas sean de una misma marca. Si el licitador hubiera optado por eliminar la condición del 2.1.2 y por una técnica contractual más racional, esto es, el que cada tipo de máquina que constituyera un LOTE independiente (como ocurre generalmente en la práctica, véase los DOC.5 y 6), hubiera cabido una interpretación –remota, forzada y llena, tal vez, de cierta candidez (pues tendríamos que olvidar lo artificioso de los rangos técnicos a los señalados para cada máquina a los que ya nos hemos referido en la alegación PRIMERA y SEGUNDA)–, en la que se evidenciara que la SARGA no pretende imponer la compra de productos STIHL por la vía del artificio procedimental de una defectuosa articulación por Lotes. La apariencia habría sido, de así hacerse, más tranquilizadora pese a que la persistencia de los rangos establecidos en el apartado 2.1.8 sean igualmente ablativos de los derechos de los licitadores. En cualquier caso, parece claro el desprecio a las mínimas apariencias y convencionalismos jurídicos que muestra el órgano licitador, y que se evidencian en la configuración de los lotes, convirtiendo en gravísimo su actuar al imponer como bueno y conforme al buen hacer administrativo lo que no lo es (ni lo parece) y por discrecional lo que, a todas luces, es arbitrario.

La propia configuración por lotes, o si se prefiere, la falta de lotes suficientes, la heterogeneidad del LOTE 1, y la introducción de cláusulas como las del 2.1.2 y las del 2.1.8 que anulan cualquier interpretación que permita hablar de la presencia de libre competencia en el PPT, haciendo de la configuración del proceso de contratación y de los pliegos que lo rigen contrarios a Derecho».

En su informe, el órgano de contratación opone a la recurrente en los siguientes términos:

«*La división en dos lotes del procedimiento de referencia no responde a una motivación arbitraria ni contraria, como se esgrime por la recurrente, al fomento de la concurrencia. Sin perjuicio de que la división en lotes, entraña un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurran, la no subdivisión en un mayor número de lotes de la maquinaria incluida en el Lote 1 responde, entre otras razones operativas, al objetivo de poder personalizar la maquinaria por cada peón especialista con el fin de obtener una mejor trazabilidad en su mantenimiento y unificar la responsabilidad de dichos mantenimientos. Ello determina que se precise en cada cuadrilla una máquina por cada peón especialista más un stock necesario para sustitución en caso de averías. Es por ello que se determina necesario el suministro de una misma marca para toda la maquinaria empleada por cada cuadrilla (a excepción de los equipos de biotrituradora).*

Dada la configuración actual de la infraestructura logística de SARGA, y del funcionamiento propio de las cuadrillas de los operativos forestal y medioambiental a los que va destinada la maquinaria objeto del contrato, no es factible la distribución de maquinaria de diferentes marcas entre los distintos miembros de cada cuadrilla y la disposición y control de stock de piezas, recambios y máquinas de sustitución en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, con talleres propios y red de talleres de mantenimiento con implantación suficiente en el territorio para atender las diferentes averías y servicio post-venta requeridos por cada cuadrilla, para cada tipo de máquina, de diferente marca cada una de ellas.

Asimismo, la combinación de maquinaria de diferentes marcas entre los distintos miembros de cada cuadrilla dificultaría de forma significativa la planificación de la formación específica en el manejo de cada una de las

máquinas, no disponiendo SARGA de medios suficientes y adecuados para atender las nuevas necesidades que se derivarían de la subdivisión en lotes de todo el parque de maquinaria manual, por tipología de máquina, como pretende plantear la recurrente que sería, a su juicio, un criterio de división en lotes más adecuado.

Tal y como se ha venido manifestando de forma reiterada por los tribunales administrativos y órganos consultivos, la discrecionalidad de los órganos de contratación para determinar si las prestaciones objeto del contrato constituyen una unidad contractual o no, así como si son susceptibles de unidades fundacionales independientes divisibles en lotes, se manifiesta bajo el prisma de la racionalización de la contratación administrativa.

Entre otras, cabe citar la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 430/2018, que recuerda la finalidad del Considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, que si bien expresa que, para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes, también añade que tales poderes adjudicadores deben conservar la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial, exigiendo únicamente que se estudie la conveniencia de tal división».

Este Tribunal no alcanza a apreciar más argumento en el escrito de recurso en contra de la división en lotes realizada en la presente licitación, que el de que con ella «(…) *se concentran bienes inconexos en una unidad artificial provocando que la oferta que se seleccione se corresponda (excepto la trituradora) con una misma marca*», sin que tal afirmación venga acompañada de la exigible argumentación y del correspondiente sustento probatorio. Y aunque refiere que la división en lotes vulnera los artículos 1 y 126 de la LCSP en el enunciado del motivo, lo cierto es que ninguno de ellos contiene las reglas que rigen la división en lotes, y ninguna explicación más contiene el escrito de

recurso acerca de cómo se produce tal vulneración. Por ello, cabe decir aquí lo que dijimos en nuestro Acuerdo 42/2019, de 29 de marzo:

«*A la vista de los términos en los que está planteado el recurso, debe señalarse a la parte recurrente que una denuncia correctamente formulada se tiene que referir necesariamente al precepto o preceptos concretos que resulten vulnerados a su juicio, individualizándolos de modo preciso y determinado, sin que a tales efectos sea válida la cita o mención genérica a una ley. Así, la recurrente no justifica su alegación mínimamente al no argumentar sobre la base de un motivo de invalidez del acto impugnado y sin indicar norma o precepto alguno cuya vulneración es determinante de la misma, hecho que determina por sí mismo el rechazo del motivo*».

Y de acuerdo con todo ello, procede desestimar el motivo analizado y, con él, el recurso interpuesto.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado en nombre y representación de la mercantil “INTERNACO, S.A.”, frente a los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Suministro de maquinaria ligera, accesorios y recambios» promovido por la empresa pública “SOCIEDAD ARAGONESA DE GESTIÓN AGROAMBIENTAL, S.L.U.”

SEGUNDO.- Levantar la suspensión dictada –con carácter cautelar– mediante Resolución 7/2021, de 6 de mayo, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- 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 sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO.- Notificar el presente acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

El presente acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de dicha norma jurisdiccional, todo ello de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 59 de la LCSP.