

Barcelona, 5 de desembre de 2018

Resolució núm.: 260/2018 (recurs N-2018-274)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor J.M.L.S., en nom i representació de l'empresa MONDO IBÉRICA, SA, contra l'aprovació dels plecs i del projecte tècnic del procediment de contractació "Subministrament, instal·lació i servei de manteniment de la gespa artificial i dels projectors LED al Camp de Futbol municipal de Montmeló, amb modalitat d'arrendament financer amb opció de compra", licitat per l'AJUNTAMENT DE MONTMELÓ (expedient MSM-18/144), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. L'anunci de la licitació es va publicar en data 7 de setembre de 2018 al perfil de contractant de l'Ajuntament de Montmeló, inserit en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual es van posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT). Així mateix, en dates 10 i 21 de setembre de 2018 es van introduir esmenes en la publicació per tal d'afegir documentació a disposició dels interessats. En concret, consten afegits: l'Acord d'inici de la contractació, el DEUC, l'annex 1 al PCAP i un document d'anunci de licitació.

Es va fixar el valor estimat de contracte en 205.000 euros.

SEGON. El 28 de setembre de 2018, l'empresa MONDO IBÉRICA, SA (des d'ara, MONDO o la recurrent) va presentar davant del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, Tribunal), recurs especial en matèria de contractació fonamentat, principalment, en la concurrència de conflictes d'interessos, en la vulneració de la competència i en la vulneració

del procediment previst per a l'establiment dels plecs de clàusules administratives i de prescripcions tècniques.

Efectivament, la recurrent, efectua, en primer terme, una àmplia exposició sobre les circumstàncies de la contractació i de determinats antecedents. En síntesi, s'exposa:

- Es preveu en el PPT (clàusula 3) el tipus de gespa a subministrar –WINNER 60/40, O SIMILAR- i els projectors LED MODEL PHILIPS, O SIMILAR. Aquesta descripció es correspon amb un producte que fabrica JUTAGRASS, empresa de la que és distribuïdor en exclusiva per Espanya l'empresa SPORTS & LANDSCAPE, SL. D'altra banda, l'empresa TOP CONSULTING ESPORTIU, SL va efectuar l'assessorament i els tràmits previs de la licitació per a l'Ajuntament. Ambdues empreses, la distribuïdora i la que va participar en la definició de la licitació, tenen un mateix propietari, una persona física.
- No consta el corresponent informe tècnic justificatiu sobre les raons que motiven que la licitació no es dugui a terme per mitjans electrònics, tal i com prescriu la LCSP (disposició addicional quinzena).
- No consta en el perfil de contractant la memòria justificativa del contracte, contravenint l'article 63.3.a) de la LCSP.
- No consta en el perfil de contractant la realització del tràmit obligatori de consultes prèvies al mercat d'acord amb l'article 115 LCSP.
- Les millores establertes (17 punts) ultrapassen el límit del 2,5% establert per l'article 145.7 de la LCSP.
- Les actuacions preparatòries del contracte, inclosa la redacció del projecte tècnic, les ha dut a terme l'empresa TOP CONSULTING ESPORTIU, SL.
- Per a l'extracció de la gespa existent, s'exigeix que es retiri d'acord amb les característiques i requeriments del tipus de màquina que utilitza l'empresa ADVANCED SPORTS INSTALLATIONS EUROPE, també vinculada a TOP CONSULTING ESPORTIU, SL.

- Els criteris d'adjudicació tècnics tenen assignats 24 punts i es reparteixen respecte del tipus de gespa artificial.

D'altra banda, s'il·lustra el Tribunal amb el relat i el detall del que va succeir en una licitació anterior amb una situació similar, i que va tenir com a resultat que l'oferta que incorporava el producte de l'empresa MONDO va ser exclosa, d'acord amb un informe elaborat per la mateixa empresa que ara ha estat contractada per l'Ajuntament per a les actuacions preparatòries. Amb els mateixos criteris que es van aplicar en aquell moment, la recurrent efectua una hipòtesi sobre el resultat de la nova licitació i afirma que:

- Per poder obtenir els 24 punts tècnics, caldria modificar el model de gespa per un d'estructura mixta fibril·lada i monofilament o bé barreja de monofilaments.
- Les ofertes que es presentin hauran de concorre amb el model de gespa artificial WARRIOR fabricada per JUTAGRASS.
- La resta de participants, prenent com a referència els productes que fabriquen els principals operadors en el sector, podrien obtenir diferents resultats per sota de WARRIOR.
- En definitiva, només el que presenti la gespa JUTAGRASS que distribueix SPORTS & LANDSCAPE s'endurà els 24 punts.

Per tot això, s'afirma la concurrència de conflicte d'interès perquè totes les empreses estan vinculades a un mateix propietari; que totes les actuacions preparatòries i l'acte d'aprovació dels plecs incorren en vici per vulneració de les disposicions legals i els procediments aplicables a la licitació; i que s'ha produït un tancament del mercat a una única empresa per la manera com s'han establert les especificacions tècniques obligatòries per al tipus de gespa a subministrar i per com s'han configurat els criteris d'adjudicació.

I s'adjunta, a aquests efectes i entre d'altra, la documentació relativa a la informació pública sobre la vinculació entre les empreses.

Com a fonaments jurídics del seu recurs, s'al·leguen, en resum:

- L'article 64 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP), relatiu al conflicte d'interessos.
- La vulneració dels articles 1 i 132 de la LCSP y dels articles 1, 2 i 3 de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència.

En aquest sentit, entre altres afirmacions relatives a les preteses actuacions col·lusòries de determinades empreses participades per una mateixa persona física, focalitza la seva argumentació en el fet que TOP CONSULTING ESPORTIU, SL ofereix assessorament tècnic i consultoria per preparar licitacions i les altres empreses vinculades es presenten amb els productes (JUTAGRASS) que donen resposta a les prescripcions establertes en les licitacions per aquella.

A més de considerar aquestes actuacions com a col·lusòries als efectes de l'article 1.1 de la Llei 15/2007, posa èmfasi en el fet que quan les prescripcions tècniques tanquen el mercat a una única marca o tipus de producte s'està produint una conducta no competitiva.

En concret, s'afirma que, una mateixa persona física és l'administrador únic de TOP CONSULTING ESPORTIU SL i d'una altra empresa, les quals, a més, tenen el mateix domicili social. Ambdues col·laboren amb els fabricants d'una determinada marca de gespa artificial (JUTAGRASS). I s'assenyala que la intervenció de TOP CONSULTING ESPORTIU SL com assessora de les administracions fa que hi hagi vinculació amb els productes fabricats o distribuïts per les empreses assenyalades amb les conseqüències a què això pot dur. I s'afirma que això ha dut a la necessitat de desistir en altres procediments d'altres ajuntaments.

Com a exemple, en relació amb la present licitació, indica que a l'hora de puntuar les propostes, s'ha delimitat l'objecte contractual de forma tan concreta a les característiques del producte WARRIOR que només aquesta s'hi ajusta i pot obtenir els 24 punts de l'apartat tècnic.

I, d'acord amb aquestes asseveracions, afirma, amb cita de l'article 6.4 del Codi civil, de l'article 57.4.d) de la Directiva 2014/24/UE, que l'Ajuntament està obligat a examinar els fets denunciats.

Acaba afirmant la vulneració dels articles 1, 115 i 117 de la LCSP i, per tant, la necessitat que es produeixi el desistiment previst per l'article 152.4 de la LCSP.

- Vulneració del procediment legalment establert per a l'establiment dels PCAP i dels PPT, havent-se prescindit del procediment establert en l'article 115 de la LCSP, ja que les actuacions no consten ni en el perfil de contractant ni en l'expedient de contractació.

Així mateix, s'al·lega l'article 126 de la LCSP, especialment al principi de proporcionalitat i a la interdicció de què les PPT facin referència a una determinada fabricació o procedència, per concloure que els plecs en els quals va intervenir TOP CONSULTING ESPORTIU, SL els valors o característiques exigides per a la gespa artificial no guarden relació amb un millor o pitjor producte, sinó que impedeixen l'accés dels licitadors en igualtat d'oportunitats, i tampoc porten causa de cap norma tècnica.

I acaba recordant les limitacions de la discrecionalitat tècnica de l'Administració en l'establiment de les prescripcions del PPT, en concret, la interdicció de l'arbitrarietat.

Addicionalment, la recurrent manifesta que, atesa la possible existència d'algun il·lícit penal en les actuacions descrites, correspon a l'Ajuntament donar trasllat dels fets al Ministeri Fiscal.

TERCER. En data 1 d'octubre de 2018, la Secretaria Tècnica del Tribunal va notificar a l'òrgan de contractació, amb remissió de còpia del recurs interposat, i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56.2 de la LCSP, 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015).

El dia 4 d'octubre de 2018, va tenir entrada en el Tribunal l'informe relatiu al recurs i les al·legacions a l'adopció de la mesura cautelar de suspensió de l'òrgan de contractació. La tramesa de l'expedient, però, no va completar-se fins al dia 19 d'octubre de 2018. L'Ajuntament, que també comença el seu informe amb una explicació relativa a una licitació anterior, s'oposa al recurs de MONDO i en demana la desestimació sobre la base, en síntesi, dels següents fonaments:

- En la licitació actual s'han modificat únicament en relació amb la distribució de la puntuació dels criteris econòmics i dels criteris tècnics per tal de fer possible l'obtenció d'una gespa de més qualitat. S'indica que s'augmenten el mínim de puntades per m2 i s'introdueix l'increment del nivell d'il·luminació horitzontal nivell gespa.
- Els criteris establerts en el PCAP i el PPT no exclouen la participació de cap licitador ni determinen que sigui adjudicat el contracte a una empresa determinada. Reprodueix els criteris d'adjudicació i exposa que la recurrent podria tenir 12 dels 24 punts i que això no hauria d'obstar l'adjudicació.
- Sobre els conflictes d'interessos al·legats, informa que l'Ajuntament ha contractat els serveis de "TOP CONSULTING, SL" i els informes realitzats estan firmats per dos arquitectes diferents –senyors G.M.E. i M.M.S.- mentre que el licitador que s'ha presentat és CAIXABANK EQUIPMENT FINANCE SAU, juntament amb la mercantil VENTAS INTERNACIONALES, SA, que és el proveïdor tècnic, segons s'indica en la proposició.

I acaba amb l'afirmació que "sobre els entramats societaris o mercantils que hi puguin haver entre les empreses i els acords comercials entre ells l'Ajuntament de Montmeló no en sap res ni és obligació investigar-los".

QUART. A requeriment de la Secretaria Tècnica del Tribunal i en el termini concedit a l'efecte, l'empresa MONDO va esmenar la manca d'acreditació de la seva representació.

CINQUÈ. Obert el període d'al·legacions de cinc dies hàbils per aquest Tribunal a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, per fer al·legacions si així ho consideraven oportú, l'empresa TOP CONSULTING ESPORTIU, SLU ha fet ús del tràmit i ha presentat un escrit pel qual, en síntesi, defensa:

- MONDO no té legitimació per interposar el recurs i el seu recurs ha de ser inadmès, ja que, si bé és un dels fabricants del sector, d'acord amb les clàusules 1.1.1 i 1.10.2 del PCAP, l'objecte social de MONDO no és adequat al del contracte –arrendament financer-. I nega l'eventual futur benefici que pugui tenir MONDO com a conseqüència del recurs, si no té la possibilitat de presentar-se a la licitació.
- Sobre els motius d'impugnació de la recurrent, fa constar que SPORTS & LANDSCAPE, SL, no s'ha presentat a la licitació. I exposa que no ho ha fet per manca-li un requisit de solvència i per preservar la finalitat de l'article 70 de la LCSP, el qual, no obstant, no prohibiria la seva participació –ni tampoc la de TOP CONSULTING ESPORTIU, SLU, redactora del projecte. Per tant, nega que pugui donar-se falsejament de la competència o desigualtat de tracte.
- El PPT no inclou cap especificació tècnica que limiti la concurrència, perquè la referència el que fa és determinar la qualitat de la gespa i, per això, s'admeten models similars. En tot cas, es comercialitzen altres gespes a més de les dues a què la recurrent ha fet referència. MONDO no explica ni raona quina especificació tècnica d'impossible compliment o establerta a mida de SPORTS & LANDSCAPE, SL.
- La recurrent confon la limitació de la concurrència amb el fet que MONDO no pugui presentar una oferta competitiva que estigui al nivell de qualitat de WINNER 60/40 o similar. La pròpia hipòtesi de la recurrent sobre l'assignació dels 24 punts dels criteris tècnics demostra que altres possibles licitadors tindrien major puntuació que MONDO. El mateix resulta aplicable a les prescripcions de la màquina per retirar la gespa, titularitat d'ADVANCED SPORTS INSTALLATIONS EUROPE, que pot ser contractada per tots els licitadors.
- L'article 115 LCSP no conté una previsió d'obligat compliment.

- Les millores articulades són correctes, ja que la limitació del 2,5% només s'aplica quan els criteris automàtics són inferiors als no automàtics.
- Inexistència d'acord col·lusori, ja que en la licitació només hi ha intervingut TOP CONSULTING ESPORTIU, SLU, com a redactora del projecte. No ha intervingut una segona empresa amb qui subscriure un acord col·lusori.

I acaba demanant la inadmissió del recurs presentat o, subsidiàriament, la desestimació.

SISÈ. El procediment de contractació resta suspès pel Tribunal, d'acord amb el previst als articles 49 i 56.3 de la LCSP i 25.1 del RD 814/2015, per mitjà de la Resolució S-58/2018, de data 24 d'octubre de 2018.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per pronunciar-se sobre el recurs especial en matèria de contractació presentat, de conformitat amb l'article 46.2 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

SEGON. El contracte de subministrament de referència és, atès el seu valor estimat, susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1.a) de la LCSP.

TERCER. El recurs es dirigeix contra els plecs de la licitació, que són un acte expressament previst per l'article 44.2.a) de la LCSP com susceptible del recurs especial en matèria de contractació.

QUART. Com a condició necessària en tractar-se d'una qüestió d'ordre públic, mereix un examen especial la legitimació de l'empresa recurrent per actuar en aquest procediment de recurs; requisit d'admissibilitat que ha estat qüestionat per l'empresa TOP CONSULTING ESPORTIU, SLU en fase d'al·legacions.

Certament, d'acord amb la informació tramesa per l'Ajuntament, l'empresa recurrent, MONDO, no figura com a licitadora del contracte. Ara bé, el fet de no haver participat en la licitació no impedeix l'apreciació de la seva legitimació, ans al contrari, sobre la base que el recurs contra plecs pot tenir per objecte, si més no, la remoció dels obstacles que, d'acord amb el parer de la recurrent, dificulten el seu accés a la contractació o, com en aquest cas, afecten l'accés dels béns que proveeix a la licitació, encara que sigui mitjançant la participació en aquesta d'una altra empresa de perfil financer o mitjançant la participació de la recurrent en una unió temporal d'empreses. En tot cas, el fet que l'empresa recurrent no s'hagi presentat al concurs no obsta la seva legitimació, atès que, d'acord amb el criteri inveterat d'aquest Tribunal (per totes, la Resolució 9/2018 i la doctrina que aquesta conté, així com la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 119/2008, de 13 d'octubre), la falta de participació en la licitació no és motiu per denegar la legitimació de l'empresa recurrent que pretén anul·lar els plecs per així participar en una altra licitació sotmesa a uns nous plecs ajustats a dret.

En definitiva, el Tribunal aprecia que la part recurrent, empresa del sector objecte de la contractació que s'analitza, té drets i interessos afectats per les condicions de la licitació que impugna i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 51.1.a) de la LCSP.

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SISÈ. En primer terme, cal observar que l'extens i diversificat recurs aboca aquest Tribunal a haver de distingir tres aspectes de les al·legacions. En primer terme, un grup d'al·legacions relatives a les eventuais mancances del procediment de licitació. Un segon grup relatiu a l'eventual conflicte d'interessos per la contractació de TOP CONSULTING ESPORTIU, SLU en la redacció del projecte i dels plecs. I, finalment, un tercer grup d'al·legacions relatiu a la configuració de la contractació des de la perspectiva de les definicions tècniques obligatòries i dels criteris d'adjudicació de caràcter tècnic.

SETÈ. Pel que fa a les al·legacions de caràcter procedimental, cal destacar, en primer terme, que en l'informe de l'òrgan de contractació sobre el recurs no es fa cap referència a les mancances indicades per la recurrent, això és, sobretot, la manca de l'informe justificatiu de la contractació en l'espai corresponent al perfil de contractant, així com de l'informe justificatiu de la no exigència de l'ús de mitjans electrònics en la licitació.

L'informe justificatiu de la contractació esdevé amb la LCSP un acte de motivació de l'òrgan de contractació sobre el qual pivoten les decisions fonamentals del disseny de la contractació, que queden reflectides en els plecs que la regeixen. En aquest sentit, l'article 28 de la LCSP –abundant en les previsions del seu antecessor, l'article 22 del TRLCSP- disposa, en el seu apartat 1:

“1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.” (el subratllat és nostre)

Aquesta previsió té, sens dubte, una vinculació directa amb l'assoliment de les finalitats establertes en l'article 1 de la pròpia LCSP i, en particular, la garantia dels principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, no discriminació i igualtat de tracte, i garantia –en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa- d'una eficient utilització dels fons públics, mitjançant l'exigència de la definició prèvia

de les necessitats a satisfer, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa.

De fet, aquest Tribunal ja va tenir ocasió d'exposar el paper que aquesta motivació té en els procediments de contractació -fins i tot sota la vigència de la normativa anterior- en les resolucions 31/2018 i 18/2018, en les quals, entre d'altres aspectes, es va constatar que:

“Arribats a aquest punt, procedeix, a més, una reflexió –sense ànim d'exhaustivitat i referida al tema objecte del recurs- sobre el paper dels plecs en el procediment de licitació i la necessitat de motivació. Efectivament, els plecs -o el document que en resulti equivalent- constitueixen l'element essencial del procediment de licitació i de la futura contractació, en la mesura que són l'instrument d'establiment i regulació del catàleg d'elements definitoris que l'òrgan de contractació ha adoptat per al disseny de la contractació. Així, s'hi contenen, en general, totes les característiques tècniques, jurídiques i econòmiques de la contractació i, en particular, els aspectes de major impacte en la garantia dels principis rectors de la contractació pública, com ara la pròpia configuració de l'objecte del contracte, les condicions de solvència que han de reunir les empreses licitadores, els criteris d'adjudicació i les condicions d'execució.

És per tot això que, amb caràcter previ, l'expedient de contractació ha de contenir, necessàriament, l'expressió de les motivacions que, amb la finalitat última d'aconseguir la millor i més eficient solució possible per a la necessitat pública plantejada, justifiquen el disseny dels elements essencials de la contractació. I, efectivament, aquesta motivació resulta necessària, en primer terme, com ho és per a qualsevol acte administratiu, per articular amb seguretat jurídica la discrecionalitat tècnica de què poden disposar els òrgans de contractació en els seus àmbits d'actuació i evitar així l'arbitrarietat en les seves decisions, però, a més, en el cas de les decisions expressades en els plecs –que, recordem, són objecte d'aprovació expressa per l'òrgan de contractació en aprovar-se l'expedient ex articles 110 i 115.4 del TRLCSP- també resulta necessària per a fer possible la tutela judicial efectiva i evitar la indefensió dels interessats a l'hora de poder reaccionar contra aquelles mitjançant el sistema de recursos establert. En definitiva, difícilment es pot considerar que es tracta d'un requeriment merament formal de l'expedient i, pel contrari, se l'ha de considerar un element substantiu necessari per a què es pugui dur a terme la funció revisora de la discrecionalitat tècnica de què gaudeix l'òrgan de contractació.

Així, en el cas objecte d'aquest recurs, les motivacions corresponents als criteris d'adjudicació haurien d'haver fet palès ab initio que el resultat objectiu de l'anàlisi previ del mercat i de les solucions disponibles és justament el judici tècnic que duu l'òrgan de contractació a configurar 28 els criteris d'adjudicació d'una determinada manera per garantir la millor solució, amb respecte absolut als principis rectors de la contractació pública. En altres paraules, la motivació dels elements essencials que configuren les contractacions ha de ser coneguda pels possibles interessats, si més no, a partir del moment en què els plecs de la licitació són objecte de coneixement per aquells. Tant és així que la LCSP, que entrarà en vigor el proper 9 de març d'enguany, preveu l'obligació de publicació al perfil de contractant de la memòria justificativa del contracte (article 63.3.a).”

I també que:

“Atès que la discrecionalitat tècnica de què gaudeix l'òrgan de contractació redueix les possibilitats de control a l'apreciació d'error manifest o a la inobservança dels elements reglats, i no permet una avaluació alternativa a l'efectuada per l'òrgan qualificador, difícilment es pot considerar que l'informe acreditatiu de la necessitat i idoneïtat del contracte es tracta d'un requeriment merament formal de l'expedient i, pel contrari, se l'ha de considerar un element substantiu necessari per a què es pugui dur a terme la funció revisora de dita discrecionalitat (en aquest sentit, l'Informe de la JCCA CAT, núm. 15/2012, de 30 de novembre). (...)”

En concordança amb tot això, l'article 63.3.a) de la vigent LCSP preveu, com a contingut necessari de l'expedient a publicar en el perfil de contractant, entre d'altres, la memòria justificativa del contracte. I, si bé la LCSP no conté cap precepte que enumeri tots i cadascun dels continguts que han de conformar aquesta memòria justificativa, al llarg del seu extens i detallat articulat s'infereixen aspectes que, preceptivament, estan cridats a integrar el denominador comú d'aquest document. Així, més enllà de la necessitat de la contractació i la idoneïtat de l'objecte i el seu contingut, hauran de configurar el contingut d'aquesta memòria, si més no, els aspectes a què fa referència l'article 116.4:

“a) La elección del procedimiento de licitación.

b) La clasificación que se exija a los participantes.

c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.

d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.

e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.

f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.

g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.” (el subratllat és nostre)

Addicionalment, les prescripcions d'altres preceptes de la LCSP exigeixen també justificació en l'expedient de contractació de les decisions adoptades en determinats aspectes i que, per lògica, han d'estar disponibles per als licitadors, si més no, en el moment de la publicació dels plecs, que és el document que com a llei del contracte, els resultarà vinculant.

Aquest és el cas, per exemple, del que estableix la disposició addicional quinzena de la Llei, -al·legada per la recurrent- la qual, sobre la base del nou paradigma de l'ús preceptiu de mitjans electrònics en la contractació, especifica les causes que poden alliberar els òrgans de contractació d'exigir l'ús d'aquells mitjans en el procediment de presentació d'ofertes (apartat 3):

“3. La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos:

a) Cuando, debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles.

b) Cuando las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia.

c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación.

d) Cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos. (...)”

De fet, la recent doctrina dels tribunals de recurs especial en matèria de contractació confirma, sens dubte, l'aplicació la contractació electrònica de forma generalitzada, així com la necessitat de justificar, en el seu cas, la concurrència de causa d'exclusió. En aquest sentit, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC-, en la seva Resolució 869/2018, afirma:

“(...) De modo que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2017 la regla general para la presentación de ofertas es la utilización de medios electrónicos, que sólo cede antes los casos tasados previstos en la citada disposición adicional decimoquinta, debiendo, en todo caso, justificarse la excepción de forma expresa, al exigirse que “los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos a los electrónicos”. Pues bien, lo cierto es que del expediente administrativo no resulta un informe específico destinado a la justificación de estas razones, ni las mismas resultan del informe jurídico del Secretario General del Ayuntamiento de Moncada

de fecha de 13 de junio de 2018 realizado para esta contratación, lo que determinaría, sin necesidad de entrar al análisis de las razones que hipotéticamente justificarían esta excepción, la infracción del procedimiento establecido en esta disposición. Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado.”

I, en el mateix sentit, la Resolució 808/2018, també del TACRC:

“Por tanto, de todo lo expuesto, se puede llegar a una primera conclusión, como es la de afirmar el carácter obligatorio de la contratación electrónica a partir del 9 de marzo de 2018, y, en particular, la presentación obligatoria de ofertas en formato electrónico a partir de esta fecha, como norma general, salvo que concurra alguna de las excepciones previstas al efecto dentro de la misma Ley y así se haga constar por el mismo órgano de contratación, quien deberá justificar la concurrencia de las mismas. Así resulta de lo dispuesto dentro del art. 336.1 de la LCSP, a cuyo tenor: «Los órganos de contratación redactarán un informe escrito sobre cada contrato de obras, suministros o servicios o acuerdo marco, sujetos a regulación armonizada, así como cada vez que establezcan un sistema dinámico de adquisición, que incluya al menos lo siguiente: (...) h) En su caso, los motivos por los que se han utilizado medios de comunicación distintos de los electrónicos para la presentación electrónica de ofertas».

Además del aspecto legislativo de la cuestión, debemos añadir el criterio interpretativo que de la misma supone el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado nº 2/2018, de fecha 2 de marzo de 2018, que concluye la obligatoriedad legal de la tramitación electrónica de los procedimientos de contratación y por ello, de la presentación de las proposiciones, sin que sea admisible la presentación en papel, defecto que se considera insubsanable, que supondría la ampliación del plazo de presentación para el licitador infractor.”

En els mateixos termes s'expressa el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León -TARCCYL- en la també recent Resolució 104/2018, amb què anul·la uns plecs que no regulaven la licitació electrònica.

En el cas objecte de recurs, consten en l'expedient, d'una banda, un informe de 25 de juny de 2018, desfavorable a la contractació de l'enllumenat del camp de futbol a una determinada empresa, i un altre informe de 9 de juliol de 2018, relatiu a la no divisió en lots del contracte, i, d'altra banda, el projecte tècnic elaborat per TOP CONSULTING ESPORTIU, SLU, segons indica el propi document. Aquest darrer document inclou un primer apartat que, sota el títol de “Memòria”, indica els antecedents del complex esportiu, l'objecte del projecte, les dades d'emplaçament, el planejament vigent, l'estat actual de la zona, el recull fotogràfic de l'estat actual, la normativa considerada, la memòria constructiva –que inclou les especificacions tècniques dels materials- el plec de condicions –especificacions dels materials, requisits i assajos, i especificacions d'obra acabada-, l'estudi bàsic de seguretat i salut, l'estat d'amidaments i plànols. D'altra banda, els documents contractuals que consten publicats al

perfil són els plecs i un document identificat com a “Acord d'inici contractació GESPA”, però que realment és el document d'aprovació dels plecs i de l'expedient de contractació.

S'aprecia, per tant, que cap d'aquests documents ni de la resta de documents que conformen l'expedient dona compliment als requeriments bàsics de continguts de la memòria justificativa del contracte tal i com es preveu en la LCSP –ni tampoc a l'aspecte concret de l'exclusió de la licitació electrònica- i, per tant, ni tan sols des d'un vessant no formalista poden considerar-se complides dites exigències.

En un altre ordre de consideracions, sobre l'abast de les conseqüències que ha de tenir la manca d'incorporació a l'expedient d'aquesta memòria i, eventualment, la manca de compliment de la seva preceptiva publicació ex article 63.3.a) de la LCSP, cal observar, en primer terme, que, si bé la LCSP no estableix específicament en quin moment cal efectuar-ne la publicació, és lògic pensar que, com a molt tard, aquest haurà de ser el coincident amb el de la publicació de la licitació i/o el de de la posada a disposició de la documentació contractual (plecs, projectes...).

En segon terme, atesa la naturalesa de la motivació de la memòria justificativa del contracte respecte dels elements principals que configuren la contractació, és necessari interpretar la seva mancança, si més no, a la manca de justificació dels actes administratius quan aquesta falta implica indefensió dels interessats i/o quan suposa la impossibilitat de realitzar la verificació de legalitat de l'acte.

En aquest cas concret, la manca de motivació per a l'adopció i la configuració de les prescripcions tècniques establertes per a la gespa artificial a proveir o per a la maquinària que ha de retirar la gespa actualment existent i per a l'adopció dels criteris d'adjudicació té com a conseqüència la impossibilitat que els interessats coneguin la causa de les exigències tècniques que s'imposen, d'una banda, i la impossibilitat que aquest Tribunal pugui dur a terme la seva funció revisora dels plecs de la licitació, entesa com una activitat de control de l'arbitrarietat en l'actuació de l'òrgan de contractació a l'hora d'establir les condicions de la licitació, de l'altra.

Efectivament, la funció del Tribunal no és fiscalitzadora, qualificadora de documentació, valorativa d'ofertes ni adjudicadora del contracte, funcions que corresponen únicament a

l'òrgan de contractació. La funció d'aquest Tribunal és estrictament revisora dels actes impugnats per tal de determinar si amb ells s'ha respectat la normativa, els principis de la contractació pública i els plecs que va aprovar l'òrgan de contractació per regir el procediment de contractació, les normes de procediment i la motivació dels actes, així com l'exactitud material dels fets i la inexistència d'error manifest d'apreciació o de desviació de poder (entre moltes d'altres, les resolucions 233/2018, 183/2018, 128/2018, 102/2018, 82/2018, 21/2018, 15/2018, 14/2018, 170/2017, 147/2017, 54/2017, 14/2017, 6/2017, 161/2016, 134/2016, 125/2016, 98/2016, 82/2016, 201/2015, 123/2015, 36/2015, 33/2015, 53/2014, 39/2014 i 7/2014; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) de 23 de novembre de 1978, *Agence européenne d'intérims/Comissió*, 56/77, Rec. P. 2215, apartat 20; sentències del Tribunal de Primera Instància de 24 de febrer de 2000, *ADT Projekt/Comissió*, T-145/98, Rec. P. II-387, apartat 147, de 6 de juliol de 2005, *TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissió*, T-148/04, Rec. P. II-2627, apartat 47, i de 9 de setembre de 2009, *Brink's Security Luxembourg S.A.*, apartat 193).

Ultra això, com s'ha dit anteriorment, la manca de previsió de la presentació electrònica obligatòria de les proposicions determina, per sí mateixa, l'incompliment d'una norma preceptiva de la legislació de contractes d'aplicació i, per tant, també suposa l'anul·lació del PCAP de la licitació per aquesta raó i, per extensió, dels actes relacionats amb la seva aprovació, tal i com determina l'article 57.2 *in fine* de la LCSP.

En definitiva, procedeix l'estimació de les al·legacions de la recurrent relatives a les mancances i contravencions del procediment de contractació seguit en aquesta licitació, en particular per apreciar-se manca de motivació, amb les conseqüències associades a la retroacció del procediment fins al moment en el qual resulta escaient efectuar les motivacions exigides per la contractació pública, això és, amb l'anul·lació del procediment de licitació.

Nogensmenys, no poden prosperar, però, les al·legacions de la recurrent en relació amb la manca de tràmit previ de consultes al mercat previst en l'article 115 de la LCSP ja que, contràriament al que afirma MONDO, aquest tràmit previ és una possibilitat per a l'òrgan de contractació i no una obligació.

VUITÈ. Tot i el sentit del fonament anterior, és convenient efectuar algunes consideracions en relació amb les al·legacions relatives a la concurrència d'un conflicte d'interessos i d'eventuals actuacions col·lusòries per les vinculacions empresarials que es posen de manifest.

En primer terme, cal tenir en compte que l'article 64 de la LCSP estableix:

“Artículo 64. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses.

1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.” (el subratllat és nostre).

Com resulta de la lectura d'aquest precepte, el conflicte d'interessos està referit a una situació que implica necessàriament el personal al servei de l'òrgan de contractació, mentre que en el cas objecte d'aquesta resolució allò que es posa de manifest per la recurrent fa referència a una eventual situació de vinculacions empresarials, que tindria com a resultat l'alteració de les condicions de concurrència en la licitació.

Des d'aquesta perspectiva, la situació exposada per la recurrent duu a l'anàlisi del que disposa l'article 70 de la LCSP –relatiu a condicions especials de compatibilitat-, en concret, en el seu apartat 1:

“1. El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia. Entre esas medidas podrá llegar a establecerse que las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio,

puedan ser excluidas de dichas licitaciones, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

En todo caso, antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Entre las medidas a las que se refiere el primer párrafo del presente apartado, se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.” (el subratllat és nostre)

Cal assenyalar, doncs, que és una obligació de l'òrgan de contractació garantir el no falsejament de la competència quan es donin aquestes circumstàncies. En el present cas, si bé s'ha oposat per l'Ajuntament i per l'empresa redactora del projecte i dels plecs que cap empresa vinculada s'ha presentat a la licitació, és igualment cert que no s'ha qüestionat per cap de les parts la vinculació entre aquell i l'empresa distribuïdora del producte de gespa artificial que, segons la recurrent, resulta el més ajustat a les prescripcions tècniques establertes. En aquest sentit, pot resultar significatiu que només una empresa hagi participat en la licitació.

En tot cas, atenent a què la recurrent també fa referència a una eventual actuació col·lusòria entre les diferents empreses vinculades, aquest Tribunal ha de recordar que, d'acord amb les previsions de la LCSP, correspondrà a l'Ajuntament la comunicació a l'Autoritat Catalana de la Competència dels indicis que tinguin de possibles conductes col·lusòries en el procediment de contractació (article 150.1 LCSP).

NOVÈ. En relació amb el tercer grup d'al·legacions i sobre la base de la ja exposada manca de motivació, no es pot efectuar la revisió de la configuració de les prescripcions tècniques i dels criteris d'adjudicació tècnics. Això no obstant, resulta convenient observar, sobre la configuració de les millores, que l'article 145.7 de la LCSP disposa:

“7. En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se

fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento.

Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.

Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación.” (el subratllat és nostre)

I, l'apartat segon, lletra a), de l'article 146 de la mateixa Llei fa referència a aquells casos en els quals la ponderació del criteris avaluable per un judici de valor és major que la corresponent als criteris avaluable de forma automàtica, resultant-ne d'aplicació l'esmentat límit del 2,5% (per totes, les resolucions 231/2018 i 217/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

1.- Estimar el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor J.M.L.S., en nom i representació de l'empresa MONDO IBÉRICA, SA, contra l'aprovació dels plecs i del projecte tècnic del procediment de contractació “Subministrament, instal·lació i servei de manteniment de la gespa artificial i dels projectors LED al Camp de Futbol municipal de Montmeló, amb modalitat d'arrendament financer amb opció de compra”, licitat per l'AJUNTAMENT DE MONTMELÓ (expedient MSM-18/144), en el sentit exposat en el fonament jurídic setè.

2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal en data 24 d'octubre de 2018, a l'empara del que disposa l'article 57.3 de la LCSP.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe i/o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.

4.- Indicar a l'AJUNTAMENT DE MONTMELÓ que, d'acord amb l'article 57.4 de la LCSP, ha de donar coneixement a aquest Tribunal de les actuacions que adopti per complir aquesta resolució.

5.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprobat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 5 de desembre de 2018.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez

Secretària

Neus Colet i Arean

Presidenta