

**ADMINISTRACIÓN LOCAL****Ayuntamiento de Priego de Córdoba**

Núm. 5.426/2016

La Junta de Gobierno Local de esta Corporación, en sesión ordinaria de fecha 28 de octubre de 2016, adoptó el siguiente acuerdo:

NÚM. 2. EXPTE. 16681/2016. PROCEDIMIENTO PARA LA CONTRATACIÓN MEDIANTE PROCEDIMIENTO ABIERTO CON PUBLICIDAD DEL SUMINISTRO DE LUMINARIAS PARA LA MEJORA DE LA ILUMINACIÓN Y LA EFICIENCIA ENERGÉTICA EN LAS INSTALACIONES DE ALUMBRADO PÚBLICO DE VARIAS ZONAS DEL NÚCLEO DE POBLACIÓN DE PRIEGO DE CÓRDOBA.

La Sra. Secretaria advierte el error material contenido en el informe emitido y en lugar de constar "Respecto a la admisión o negación de legitimación para recurrir la adjudicación por parte de D. Tomás Saz Guillén," ha de constar "Respecto a la admisión o negación de la legitimación para recurrir los pliegos que rigen procedimiento adjudicación de la contratación del suministro de luminarias para la mejora de la iluminación y la eficiencia energética en las instalaciones de alumbrado público de varias zonas del núcleo de población de Priego de Córdoba, por parte de D. Tomás Saz Guillén".

Visto el informe jurídico emitido por la Secretaria del siguiente tenor literal:

Visto el Recurso de Reposición presentado por D. Tomás Saz Guillén, con DNI: 39918367G, como administrador único de la Sociedad European Energy Efficiency Engineering, S.L., por la funcionaria que suscribe, en virtud de lo establecido en el artículo 3.a) del Real Decreto 1.174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, y en virtud de la petición de informe que solicita la Sra. Alcaldesa, en calidad de tal y como Presidenta del órgano de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 54 del Real Decreto Legislativo 781/86, de 14 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, se emite el siguiente:

**Informe****Antecedentes de hecho**

Primero. Por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 5 de octubre de 2016, se aprobó el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas (en adelante PCAP) y Técnicas elaborado para la adjudicación para la adjudicación mediante procedimiento abierto, tramitación urgente, varios criterios de adjudicación, para la contratación del suministro de luminarias y/o equipos para la mejora de la iluminación y eficiencia energética en las instalaciones de alumbrado público de varias zonas del núcleo de población de Priego de Córdoba, cuyo valor estimado asciende a 85.131,16 euros IVA excluido, así como el expediente, la apertura del procedimiento de contratación y la autorización y aprobación del gasto, ordenando la publicación en el BOP y en el perfil del contratante de este Excmo. Ayuntamiento, de acuerdo con lo establecido en el PCAP y en el artículo 142 del TRLCSP, habiéndose hecho efectivo el 13 de octubre de 2016.

**Fundamentos de Derecho**

Primero. Con carácter previo al análisis sobre el fondo del asunto, es necesario determinar si procede la interposición del re-

curso de reposición. A éste respecto se señala que:

De conformidad con lo establecido en el artículo 123 de la Ley 39/15, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común "los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en Reposición ante el mismo órgano que los hubiere dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo".

Asimismo, podrán ser recurridos en Reposición los actos de trámite, cuando decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, según lo dispuesto en el artículo 112 del mismo texto legal.

No se podrá interponer Recurso Contencioso-Administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del Recurso de Reposición interpuesto.

Tal como indica el artículo 124 de la Ley 39/2015, señala que: "El plazo para la interposición del Recurso de Reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo, únicamente podrá interponerse Recurso Contencioso-Administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del Recurso Extraordinario de Revisión.

Si el acto no fuera expreso, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer Recurso de Reposición en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes.

3. Contra la resolución de un Recurso de Reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso

Este caso el Recurso de Reposición ha sido interpuesto dentro de plazo, ya que consta la publicación en el BOP y perfil del contratante con fecha 13 de octubre, y el mencionado recurso de reposición ha sido presentado en registro electrónico, con nº 441/2016 y fecha 20 de octubre de 2016.

Respecto a la admisión o negación de la legitimación para recurrir los Pliegos que rigen procedimiento adjudicación de la contratación del suministro de luminarias para la mejora de la iluminación y la eficiencia energética en las instalaciones de alumbrado público de varias zonas del núcleo de población de Priego de Córdoba por parte de D. Tomás Saz Guillén, con DNI: 39918367G, como administrador único de la Sociedad European Energy Efficiency Engineering, S.L., merece especial atención la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que fija un criterio general relativo a la legitimación activa para recurrir en materia contractual, basado en la participación en la licitación, en tanto que sólo quien ha sido parte en el procedimiento contractual puede obtener un beneficio en el caso de que prospere el recurso entablado, distinguiendo dos momentos contractuales distintos en la tramitación del procedimiento contractual: la convocatoria o pliegos que rigen la licitación y la adjudicación. Se trae a colación la STS de 10 de julio de 2006. No obstante lo anterior, la regla general tienen excepciones, y es que la jurisprudencia ha admitido el tener un interés legítimo aún cuando no hubiera participado, si bien éste último requiere que se analice casuísticamente, ya que la jurisprudencia ha admitido interés legítimo y por tanto legitimación activa para recurrir a quién haya impugnado el Pliego o la convocatoria aunque no haya participado (STS de 5 de julio de 2005). También, en este contexto, cabe recordarse que el mero interés por la legalidad no constituye motivo suficiente para reconocer la legitimación para ejercitar acciones, ya que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la acción pública en materia de contrata-

ción pública.

En el caso que se analiza, se observa como la empresa recurrente no ha participado en la licitación, pero sí ha impugnado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas, habiendo sido éstos públicos mediante inserción de anuncio en el perfil del contratante, en la página web [www.aytopriegodecordoba.es](http://www.aytopriegodecordoba.es) y en el Boletín Oficial de la Provincia.

A la vista de lo anterior, se hace preciso recalcar que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto que la ventaja o perjuicio sea efectivo y acreditado señala que: “la obtención del beneficio o perjuicio ha de ser cierto y no hipotético”.

Por tanto, a la vista del motivo esgrimido por la recurrente, poniendo de relieve que la cláusula 7 del PPT, bloque 2: Documentación relativa al Fabricante de las Luminarias, no cumple los requisitos mínimos que garanticen la libre competencia, queda acreditado la legitimación activa de la recurrente, pese a no haber concurrido a la licitación ya que no consta presentación de oferta, pues precisamente los pliegos le provocan un perjuicio que pretender evitar con la interposición del presente recurso.

1. Como primer y único motivo de impugnación, el recurrente señala que la cláusula 7 del PPT, no cumple los requisitos mínimos que garanticen la libre competencia.

El recurrente señala que: “la cláusula 7 del PPT, bloque número 2 Documentación relativa al Fabricante de las Luminarias, dice textualmente:

Certificado relativo a la empresa fabricante de las luminarias deberá contar con experiencia demostrable en el sector del alumbrado público así como disponer de centro de producción en España”.

A este respecto se ha emitido informe, por el técnico municipal con fecha, 26 de octubre, del siguiente tenor:

“(…/…)”

Si se analiza detenidamente el contenido del punto 5 así como el del anexo II al que hace referencia, se puede verificar que tanto para el farol tipo Villa como el farol tipo Fernandino objeto de la licitación, se pide que ambos estén fabricados en la Unión Europea, por lo que en ningún momento se vulnera el principio de igualdad de los licitadores, puesto que no se limita en ámbito de aplicación.

Si se sigue analizando el contenido del segundo tramo del párrafo comprendido después del punto y seguido, se establece que para asegurar la calidad de los equipos de iluminación suministrados, se exigirá a las empresas licitadoras la presentación de una serie de documentación entre la que se encuentra la que es objeto de impugnación, cuyo detalle se incluye a continuación:

“Certificado relativo a la empresa fabricante de las luminarias deberá contar con experiencia demostrable en el sector del alumbrado público así como disponer de centro de producción en España”.

A este respecto, he de señalar que las luminarias objeto de la licitación pueden estar fabricadas en cualquier Estado de la Unión Europea, como ha quedado justificado con anterioridad.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que las instalaciones de alumbrado público son conforme al capítulo III de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, un servicio básico a prestar por el municipio, que se debe prestar con la garantía suficiente para asegurar cuestiones tan básicas como es el tránsito de las personas y vehículos por las vías públicas, así como evitar actos de vandalismo, entre otros, en definitiva cuestiones relacionadas con la seguridad ciudadana en todas sus vertientes.

Un mantenimiento efectivo de tales instalaciones es por tanto obligatorio para el Ayuntamiento, y por lo tanto éste debe disponer en sus respectivos servicios municipales de mantenimiento y en concreto en este caso particular, en el servicio de mantenimiento del alumbrado público de la garantía suficiente de que todos sus proveedores atenderán los repuestos necesarios para que en caso de fallo de las instalaciones, éstas puedan ser reparadas en el menor tiempo posible, dado que estamos tratando cuestiones de seguridad ciudadana.

Abundando aún más en el tema en cuestión, en España no existe una normativa que regule las luminarias empleadas en las instalaciones de alumbrado público y por lo tanto existan repuestos estándar, en cuestiones tan básicas como son las dimensiones, peso, potencias de las fuentes luminosas, etc., que permitan a los Ayuntamientos el acceso a repuestos de tipo estándar, y por lo tanto accesibles con facilidad, sino que hay que recurrir a los fabricantes del producto, adquirido en un procedimiento abierto, que con posterioridad te liga a éste durante la vida útil de la luminaria y que en el caso de desaparecer el mismo crea un problema importante al municipio que ha realizado un inversión considerable.

A título de ejemplo podríamos señalar situaciones tan cotidianas como la de un farol del tipo villa que a causa de un acto vandálico sufre la rotura de los cristales o materiales plásticos que conforma sus cuatro caras y hay que reponerlos, como cada fabricante tiene sus medidas propias y exclusivas hay que recurrir a tal fabricante para que suministre los cristales o materiales plásticos no solo en ese momento en el que se produce el daño, sino repito durante toda la vida útil del farol.

Con la entrada en el mercado de la tecnología LEDs, la cuestión se ha complicado desde el punto de vista de los repuestos aún más, antes cuando se fundía una bombilla, las misma se sustituía por otra de la misma potencia de cualquier fabricante y sin mayor problema se podía atender la avería y consecuentemente atender el servicio básico municipal, dado que existía una regulación en cuanto a los escalones de potencia de las lámparas, existían lámparas de 125 vatios, 150 vatios, 250 vatios, etc.. Con la entrada en el mercado de la tecnología LEDs, la cuestión se ha complicado hasta el infinito, el fabricante de alumbrado exterior, cuando diseña una luminaria LEDs, lo hace utilizando unos leds de una potencia determinada sin ningún tipo de regulación en cuanto a escalones de potencia (existen en el mercado leds de 20 vatios, 21 vatios, 36 vatios, 37 vatios, etc., dependiendo el fabricante), intensidad lumínica (depende de la potencia del leds y de la intensidad de alimentación), ópticas, unos disipadores de calor, unos driver, etc., que formando un conjunto e instalados dentro el habitáculo reservado para ello en el interior de la luminaria concretamente en la parte superior, hace que las luminarias funcionen dentro de los límites de seguridad y fiabilidad para los que ha sido diseñada. La avería de uno de estos componentes hace que haya que sustituir el equipo completo, por otro de iguales características (dimensiones de la placa donde se alojan los leds, potencia de los mismos, driver, protecciones, etc..) que necesariamente para no modificar las condiciones de la luminaria y consecuentemente de la garantía, así como las condiciones luminotécnicas del vial en el que se encuentre instalado, haya que recurrir al fabricante, al objeto de realizar la sustitución del equipo averiado en el menor tiempo posible, pues se trata insisto de un servicio básico.

Por todo lo anterior, se considera que existen razones imperiosas que justifican que aunque la luminaria se fabrique en cualquier país de la Unión Europea, el fabricante tenga un centro de

fabricación en España que garantice que en caso de una avería en el servicio público básico a facilitar a los ciudadanos y que está directamente relacionado con la seguridad de los mismos, pueda atender todas aquellas incidencias que puedan aparecer en relación con el productos suministrado, señalando que este hecho no es puntuable y por lo tanto no favorece a ningún licitador de conformidad con el pliego de prescripciones técnicas particulares, lo único que pretende es que el servicio esté atendido una vez suministradas las luminarias, recordando que el periodo de garantía mínimo que se establece en el pliego es de 10 años ampliable hasta 15 años, puntuable solo y exclusivamente la ampliación y se garantice el funcionamiento de este servicio básico relacionado con la seguridad de los ciudadanos durante toda su vida útil, que pudiera llegar hasta los 20 ó 25 años según el grado de calidad del mantenimiento, con el objetivo de rentabilizar al máximo la inversión efectuada, quedando ligada la empresa suministradora a este Ayuntamiento durante toda la vida útil de la luminaria.

A este respecto, se advierte por la que suscribe que el artículo 117.2 del TRLCSP, señala que: "Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia".

En este sentido, el artículo 117.8 del TRLCP, indica que: Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o 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 de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente».

Asimismo, se ha de precisar que tanto la Jurisprudencia nacional como la europea, se han pronunciado acerca de la prohibición de previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de oferta, si estas circunstancias se fundamentan únicamente en razones de arraigo territorial, siendo nulas tales previsiones (STS de 24 de septiembre de 2008, STJU, de 27 de octubre de 2005).

De la regulación legal y de los distintos pronunciamientos jurisprudenciales, se infiere, que los criterios relativos al arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta ni como requisitos de solvencia, ni como criterios de adjudicación, ni tan siquiera como prestación del contrato, como ocurre en el presente caso a través de la regulación prevista en el PPT, pues ello es contrario a Derecho, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad de trato, constituyendo una vulneración clara de los principios inspiradores de la contratación administrativa tales como el mencionado principio de igualdad, la libertad de acceso o la concurrencia (ex artículo 1 del TRLCSP) salvo que las mismas estén justificadas por razones imperiosas de interés general.

Respecto a los argumentos técnicos esgrimidos, dichos razonamientos no han sido compartidos por los Tribunales de Recursos contractuales, a título de ejemplo, merece traer a colación la Resolución nº 76/2016 de Castilla la Mancha.

De lo anterior se desprende, que ha de declararse la nulidad de la exigencia a los licitadores que dispongan de un centro de producción en España y de cualquier otra referencia que vulnere los

principios de igualdad, libertad de acceso, y concurrencia contenida en los pliegos que rigen la reseñada licitación y el Derecho comunitario.

A la vista de cuantas consideraciones han sido realizadas en el presente informe, se propone, al órgano de contratación, Junta de Gobierno Local, estimar el recurso de reposición interpuesto, sin perjuicio que se conserven aquellas partes del mismo, así como los trámites cuyo contenido se mantienen iguales de no haberse cometido la reseñada infracción.

Es cuanto esta Secretaria tiene a bien informar, sin perjuicio de cualquier otro criterio, mejor fundado en Derecho.

A la vista de cuanto antecede, la Junta de Gobierno local acuerda con el voto favorable por unanimidad:

Primero. Estimar el recurso de reposición interpuesto por D. Tomás Saz Guillén, con DNI: 39918367G como administrador único de la Sociedad European Energy Efficiency Engineering, S.L. contra los pliegos que rigen la contratación mediante procedimiento abierto del suministro de luminarias para la mejora de la iluminación y la eficiencia energética en las instalaciones de alumbrado público de varias zonas del núcleo de población de Priego de Córdoba, declarando nula la cláusula Séptima del PPT bloque número 2 Documentación relativa al Fabricante de las Luminarias, que dice textualmente:

Certificado relativo a la empresa fabricante de las luminarias deberá contar con experiencia demostrable en el sector del alumbrado público así como disponer de centro de producción en España." así como "el Listado de proyectos ejecutados de referencia realizados y acreditados en España, con mas de 3.000 luminarias LED en viales ya instaladas, indicando para cada uno de ellos la siguiente información:

- La fecha de realización.
- Lugar de instalación.
- Las unidades instaladas en cada proyecto.
- Finalidad de la instalación (solo se considerarán luminarias del tipo vial. No se considerarán luminarias del tipo interior, decorativo o similares).
- Una persona y/o Organismo de contacto que garantice e informe sobre el estado actual de dichas instalaciones".

Segundo. Retrotraer el expediente al momento anterior a cometerse la infracción y conservar aquellas partes del expediente y documentos así como los trámites cuyo contenido se mantienen iguales de no haberse cometido la reseñada infracción, incluso el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas si bien se ha redactado nuevamente el citado Pliego suprimiendo la cláusula que adolecía de vicio de nulidad, conservándose igualmente las ofertas presentadas.

Tercero. Suprimir del Pliego de Prescripciones Técnicas el vicio de nulidad del que adolecía la cláusula séptima teniéndola por no puesta, incorporando la posibilidad de incluir certificados equivalentes a los exigidos en éste y eliminar del Pliego de Cláusulas Administrativas las referencias al anterior Pliego de Prescripciones Técnicas, quedando redactado de la siguiente manera:

"(../...)

Para asegurar la calidad de los equipos de iluminación suministrados (teniendo que reunir estos las características generales y particulares previstas en la cláusula 5 del pliego), se tendrá que garantizar y certificar que los productos ofertados cumplen con los requisitos técnicos marcados en los pliegos. Para ello, se exigirá a las empresas licitadoras la presentación de la siguiente documentación y muestras físicas de las luminarias (acordes a las características fijadas en el anexo II) para cada uno de los modelos de luminaria propuestas, que ha de constar en el Sobre B:

Bloque número 2: Documentación relativa al Fabricante de las Luminarias:

- Certificados UNE-EN-ISO 9001 en vigor, ("Sistemas de Gestión de la Calidad. Requisitos") o Norma equivalente europea.
- Certificados UNE-EN-ISO 14001:2004, en vigor, Normas de Gestión Medioambiental, u otros certificados equivalentes.
- Certificado del fabricante/s de estar inscrito/s en un SIG (Sistema Integral de Gestión de Residuos) o equivalente.

NOTA:

Todos los certificados indicados se aportaran en castellano o traducido a éste, siguiendo el índice y contenido establecido con anterioridad al objeto de facilitar su examen posterior.

(.../...)"

Cuarto. Considerando la urgente necesidad de proceder a la adjudicación del contrato del suministro de luminarias reseñado, aprobar la nueva redacción del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas resultantes de la modificación.

Quinto. Acordada la nueva redacción del Pliego de Cláusulas

Administrativas Generales y Particulares, establecer la reapertura de un nuevo plazo para la presentación de proposiciones del procedimiento abierto del suministro de luminarias para la mejora de la iluminación y la eficiencia energética en las instalaciones de alumbrado público de varias zonas del núcleo de población de Priego de Córdoba, varios criterios de adjudicación, y tramitación urgente ordenándose a su publicación en el BOP y en el perfil del contratante.

Sexto. Se permitirá a los licitadores que hayan presentado oferta bajo el expediente 16681/2016, mantener las ya presentadas sin necesidad de realizar ninguna actuación o bien retirarla en su integridad o bien presentar nueva oferta que sustituya íntegramente la anterior o ampliándola.

Séptimo. Publicar el presente acuerdo en el BOP y en el perfil del contratante.

Y para que así conste, expido el presente con el Visto Bueno de la Alcaldesa.

Priego de Córdoba a 31 de octubre de 2016. Firmado electrónicamente: La Alcaldesa-Presidenta, María Luisa Ceballos Casas.