



EB 2020/021

Resolución 047/2020, de 2 de marzo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por CROSSTALK MEDIA, S.L. contra los pliegos que han de regir el contrato “Suministro de sistemas de microfonía inalámbrica de EUSKAL TELEBISTA”, tramitado por EUSKAL TELEBISTA, S.A.U.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 3 de febrero de 2020, la empresa CROSSTALK MEDIA (en adelante, CROSSTALK) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que han de regir el contrato “Suministro de sistemas de microfonía inalámbrica de EUSKAL TELEBISTA”, tramitado por EUSKAL TELEBISTA, S.A.U. (en adelante, ETB).

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 3 de febrero, este OARC / KEAO recibió, el día 7 de febrero, el expediente de contratación y el informe al que se refiere 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 (en adelante, LCSP).





TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 06/2020, de 17 de febrero, la Titular del OARC / KEAO acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la representación de D.M.I.G.C. para actuar en nombre de la recurrente, así como la legitimación de esta última por comprender su objeto social, entre otros, el comercio al por menor, importación, exportación y comercialización de equipos y aparatos electrónicos comprendidos sus componentes y accesorios destinados o utilizados en la transmisión, recepción y reproducción del sonido e imagen.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son impugnables los pliegos que rigen la licitación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, ETB tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública (artículo 3 de la LCSP).

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos de la impugnación son, en síntesis, los siguientes:

- a) El recurrente alega que el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), para referirse a al objeto del contrato y a las prestaciones mínimas que deben cumplir los equipos, menciona la marca concreta SHURE y el modelo Axient Digital AD4QD –DC –A, lo que impide a CROSSTALK el acceso al procedimiento de adjudicación en pie de igualdad.
- b) Se alega infracción de la libre competencia y del artículo 126.6 de la LCSP, que prohíbe, con carácter general, la descripción de las prescripciones técnicas por referencia a una marca determinada; a juicio de CROSSTALK, no se da en este caso la excepción que autoriza dicha referencia que es la inexistencia de otra forma alternativa de hacer una descripción precisa e inteligible del objeto del contrato.
- c) Finalmente, se solicita que se resuelva que no procede la mención ni la exigencia de una marca determinada SHURE, como tampoco de modelos determinados de la citada marca.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación de la impugnación con los argumentos que a continuación se resumen:



- a) El poder adjudicador ha optado excepcionalmente por fijar los términos mínimos de los equipos a suministrar partiendo de los productos del fabricante SHURE, pero las referencias a marca se acompañan de la mención que pide el artículo 126.6 de la LCSP (“...equivalentes o superiores...”).
- b) La razón de optar por este sistema excepcional de fijación de las prescripciones técnicas es que las demás formas de descripción previstas en el artículo 125.5 de la LCSP no permitían una descripción suficientemente precisa e inteligible; debe tenerse en cuenta que se trata de un producto con componentes extremadamente complejos en los que hay que verificar más de mil parámetros técnicos para saber si se ajustan o son compatibles con el resto de sistemas con los que interactúan en el proceso de producción, de modo que, de optarse por cualquier otra forma, habría existido el riesgo de que algún parámetro técnico no fuera requerido por no concretarse.
- c) ETB concluye que no restringe artificialmente la competencia y que únicamente quedarían excluidos los productos que no alcancen los parámetros técnicos fijados como mínimos por necesarios.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, el recurrente se opone al PPT porque entiende que se ha aplicado indebidamente el artículo 126.6 de la LCSP. El análisis de este Órgano debe partir de los siguientes apartados de los pliegos:

PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARTICULARES

(...)

2 OBJETO

El presente pliego tiene por objeto regular la contratación del suministro de sistemas de Microfonía Inalámbrica para los Estudios de producción de ETB en Miramon y Bilbao incluyendo los accesorios que sean necesarios para su integración en los mencionados centros de ETB en MIRAMON y BILBAO, así como los servicios de soporte en garantía de las características que se detallan en el presente Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.



Con objeto de garantizar las prestaciones mínimas que deben cumplir los equipos a suministrar objeto de la presente contratación, los equipos serán conformes con las siguientes REFERENCIAS:

Receptor de microfonía inalámbrica de cuatro canales

FABRICANTE: SHURE

MODELO: Axient Digital AD4QD-DC-A

Transmisor de microfonía inalámbrica - petaca

FABRICANTE: SHURE

MODELO: Axient Digital AD1 GS6

Transmisor de microfonía inalámbrica - mano

FABRICANTE: SHURE

MODELO: Axient Digital AD2 - SMSS GS6

Todo el equipamiento de microfonía inalámbrica y accesorios objeto de la presente contratación será de nueva fabricación y de la marca SHURE con las referencias indicadas o de prestaciones y especificaciones equivalentes o superiores a las de dichos productos.

Por necesidades de producción de la EC, se establece en primer lugar el suministro de las Fases 1 y 2 tal y como se relacionan a continuación:

FASE 1: DOTACIÓN PARA EL PLATÓ 27 DE MIRAMON

FASE 1	
MODELO	Unidades
Receptor inalámbrico de 4 canales REFER: AD4QD-DC-A FABRICANTE: SHURE	4
Transmisor inalámbrico de petaca con conector T A4 REFER: AD1 G56 FABRICANTE: SHURE	18

FASE 2: DOTACIÓN PARA EL PLATÓ 23/24 DE MIRAMON

FASE 2	
MODELO	Unidades
Receptor inalámbrico de 4 canales REFER: AD4QD-DC-A FABRICANTE: SHURE	2
Transmisor inalámbrico de petaca con conector T A4 REFER: AD1 G56 FABRICANTE: SHURE	8
Transmisor inalámbrico mano REFER: AD2/SM58 G56	4



FABRICANTE: SHURE	
-------------------	--

La EC se compromete a la contratación de al menos las cantidades indicadas en las dos Fases del suministro anterior.

Se estima que a lo largo de los 2 años de contratación la EC podrá solicitar suministros adicionales de los citados modelos hasta un valor de 161.120,00 €.

Dado que el presente contrato de suministro se adjudica por precios unitarios, la EC se reserva la posibilidad de agotar o no en su totalidad el valor estimado del contrato, sin derecho alguno del adjudicatario en caso de aumento, reducción o supresión de aquéllas, a reclamar ninguna indemnización o variar el precio establecido en su oferta.

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

(...)

5.- PRECIO Y PAGOS.

5.1.- Sistema de determinación del precio: Precios unitarios

Nº Item	Modelo de referencia	Precio / unidad máximo a ofertar
1	Receptor inalámbrico de 4 canales REFER: AD4QD-DC-A FABRICANTE: SHURE	6.160,00 €/Ud.
2	Transmisor inalámbrico de petaca con conector T A4 REFER: AD1 G56 FABRICANTE: SHURE	755,00 €/Ud.
3	Transmisor inalámbrico mano REFER: AD2/SM58 G56 FABRICANTE: SHURE	890,00 €/Ud.

Estos precios tienen carácter de máximos, en consecuencia, las ofertas que los superen serán rechazadas.

A la vista de este contenido, se señalan a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO.

- a) Sobre la posibilidad de formular las prescripciones técnicas por referencia a una marca (artículo 126.6 de la LCSP)

Este Órgano se ha pronunciado en su Resolución 78/2019 sobre el precepto debatido recordando su carácter excepcional y la necesidad de interpretarlo



estrictamente, y que “la posibilidad excepcional de la mención singular de una marca, de una patente o de figuras similares (siempre con el añadido o equivalente) en las prescripciones técnicas se debe basar en la existencia de razones para no efectuar una descripción de éstas de forma detallada o, dicho de otra manera, que la definición de la prescripción requiera de la mención expresa de la marca, patente o figura similar pero, en ningún caso, se puede considerar que el mero hecho de adicionar a una marca concreta la locución o equivalente, sin justificación, es una manera de formular las especificaciones técnicas equiparable a las detalladas en el artículo 126.5 de la LCSP”; ello es consecuente con que “la necesidad de que las especificaciones técnicas sean lo más abiertas posibles encuentra su justificación en el considerando 74 de la Directiva 2014/24 al señalar que, Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado (...) Téngase en cuenta que cuanto más detalladas son las especificaciones técnicas mayor es el riesgo de que los productos de un determinado fabricante se vean favorecidos” (ver, por ejemplo, el apartado 37 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2018, asunto C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865), “de lo que se desprende que el principio general consiste en formular en términos abiertos las especificaciones técnicas”.

b) Sobre la formulación de las prescripciones técnicas por referencia a una marca en el PPT impugnado

Aplicada la doctrina señalada en la letra a) anterior al recurso estudiado, este Órgano entiende que el recurso debe estimarse por las siguientes razones:

- 1) En síntesis, el artículo 126.6 de la LCSP prohíbe con carácter general que, salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas se refieran a una marca determinada, si bien se autoriza excepcionalmente tal referencia siempre que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del artículo 126.5 de la LCSP, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».



- 2) Según el informe del poder adjudicador en contestación al recurso, “el equipamiento objeto del contrato (...) responde a componentes extremadamente complejos en los que hay que verificar más de 1.000 parámetros técnicos para saber si se ajustan o son compatibles con el resto de sistemas con los que interaccionan en el proceso de producción”, de tal modo que acudir a uno de los sistemas del artículo 126.5 de la LCSP “hubiera puesto en riesgo el que algún parámetro técnico no fuera el requerido al no haber quedado concretado (recordamos, más de 1.000) y que, por tanto, no fuera adecuado o suficiente.” A juicio de este Órgano, esta argumentación no acredita que se dé en este caso la imposibilidad de descripción a la que alude el artículo 126.6 de la LCSP. El objeto del contrato es una prestación contractual tecnológicamente muy complicada y, consecuentemente, las prescripciones técnicas que deben exigirse a las ofertas como umbral mínimo para satisfacer las necesidades del poder adjudicador deben ser también de un gran nivel de complejidad y detalle. Sin embargo, ello solo implica que la elaboración del pliego que recoja dichas prescripciones será una tarea más difícil o prolija de lo que sería confeccionar el PPT de un contrato de objeto más sencillo, pero no que no puedan utilizarse las maneras de formular los requerimientos técnicos establecidos en el artículo 126.5 de la LCSP, ni mucho menos que solo pueda acudirse a la referencia a una marca.
- 3) Parece que el poder adjudicador busca evitar el riesgo de que, en el complicado trabajo de elaboración del PPT según los parámetros del artículo 126.5 de la LCSP, se descuide u omita algún requisito mediante el recurso de acudir a una marca y modelo que, al parecer, sí satisface íntegramente todos los requerimientos técnicos imprescindibles. Sin embargo, esta opción impide a los operadores económicos presentar una oferta que también los satisfaga, sencillamente porque los desconocen. En este sentido, no puede pretenderse que los licitadores que ofrezcan productos de una marca que no sea SHURE, con la simple mención «o equivalente», o con la aún más equívoca, «o superior», puedan saber cuáles son los requisitos técnicos (más de 1.000, según ETB) que deben satisfacerse. Debe tenerse en cuenta que dichos licitadores son los que



tienen la carga de probar la equivalencia con los citados requisitos y que lo han de hacer precisamente al presentar sus proposiciones (ver, en este sentido, la STJUE de 12 de julio de 2018, C-14/17, ECLI:EU:C:2018:568), lo que en este caso se antoja imposible pues, aunque ETB parece conocerlos, no los expresa. Consecuentemente, la ruptura de los principios de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia en favor de quienes comercialicen productos de la marca mencionada es evidente. Todo ello conduce a entender que la previsión excepcional del artículo 126.6 de la LCSP no puede aplicarse a un supuesto como el analizado, por muy prolijas que sean las especificaciones técnicas, rendimientos o exigencias funcionales necesarias.

c) Conclusión

El recurrente solicita que se resuelva “que no procede la mención ni la exigencia de una marca determinada Shure, como tampoco de modelos determinados de la citada marca”; habida cuenta de que dichas menciones son precisamente la base del sistema seguido para la descripción de las prescripciones técnicas, debe anularse el PPT para que este documento contractual y las estipulaciones concordantes del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se reelaboren de acuerdo con lo dispuesto en la LCSP.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,



RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por CROSSTALK MEDIA, S.L. contra los pliegos que han de regir el contrato “Suministro de sistemas de microfonía inalámbrica de EUSKAL TELEBISTA”, tramitado por EUSKAL TELEBISTA, S.A.U., anulando el Pliego de Prescripciones Técnicas y apartados concordantes del PCAP y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko martxoaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de marzo de 2020