

Barcelona, 5 d'abril de 2018

Resolució núm.: 48/2018

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor J.M.P.B, en nom i representant de l'empresa ELECTRICITAT BOQUET, SL contra l'acord de la junta de govern local de l'Ajuntament de Sant Boi de Llobregat d'aprovació dels plecs de clàusules administratives i tècniques particulars reguladors del contracte mixt de subministrament i instal·lació de tecnologia led (Exp. N803/U630/2017/000022), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 29 de desembre de 2017, la junta de govern local de l'Ajuntament de Sant Boi de Llobregat va aprovar l'expedient de contractació del contracte mixt de subministrament i instal·lació de tecnologia led, amb un valor estimat del contracte de 453.219,02 euros, IVA exclòs.

SEGON. La licitació del contracte referenciat es va publicar el 6 de gener de 2018 en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) DO/S S4, el 19 de gener en el Butlletí Oficial de l'Estat (BOE), núm. 17 i l'1 de febrer de 2018 en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 7.549 (DOGC). Així mateix, l'1 de febrer de 2018 es va publicar en el perfil de contractant de la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya.

TERCER. En data 26 de gener de 2018, l'empresa ELECTRICITAT BOQUET, SL va presentar en el registre del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, Tribunal), recurs especial en matèria de contractació, prèviament anunciat a l'òrgan de contractació, contra els plecs de la licitació. Fonamenta el recurs sobre la base de les al·legacions següents:

- Els criteris de valoració que depenen d'un judici de valor pateixen d'una manca de concreció del sistema de valoració que l'entitat adjudicadora aplicarà al puntuar les ofertes presentades.
- Alguns dels criteris de valoració mitjançant judici de valor no estan vinculats amb l'objecte del contracte tal i com estableix l'article 150.1 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (en endavant, TRLCSP) i l'article 67 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2014/18/UE (Directiva 2014/24/UE).
- Alguns criteris de valoració no van dirigits a identificar l'oferta econòmica més avantatjosa sinó que estan vinculats a l'apreciació de l'aptitud dels licitadors per l'execució del contracte.
- El plec de prescripcions tècniques (PPT) a l'hora d'establir les característiques tècniques exigibles del producte a subministrar, en concret, de la lluminària a subministrar que disposi del certificat de qualitat *Enec*, *Aenor* o *IQNet*, vulneren l'article 117.2 del TRLCSP ja que crea obstacles injustificats a l'obertura del contracte a la competència.

Per tot això, sol·licita l'estimació del recurs, l'anul·lació dels criteris i requeriments controvertits, la retroacció del procediment de licitació per tal que es procedeix a redactar de nou els plecs i es corregeixin les esmentades infraccions legals i ajustin a la normativa de contractació pública vigent. Mitjançant altressí, sol·licita l'adopció de la mesura provisional de suspensió del procediment de licitació fins que es resolgui el recurs.

QUART. El mateix dia, la Secretaria del Tribunal va requerir a l'òrgan de contractació que aportés l'expedient i l'informe corresponent, d'acord amb el que estableixen l'article 46.2 del TRLCSP, l'article 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), així com els 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).

CINQUÈ. En data 29 de gener de 2018, l'empresa recurrent va acreditar la presentació de l'anunci previ d'acord amb el requeriment d'aquest Tribunal de data 26 de gener de 2018.

SISÈ. El procediment de contractació resta suspès pel Tribunal en virtut de la Resolució núm. S-8/2018, de 7 de febrer de 2018.

SETÈ. L'Ajuntament de Sant Boi de Llobregat va trametre la documentació de l'expedient de contractació i el corresponent informe en data 22 de febrer de 2018.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 41.3 del TRLCSP, 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.

Respecte a la normativa aplicable a aquest contracte, de conformitat amb l'apartat 1 de la disposició transitòria primera 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 (LCSP), que ha entrat en vigor el 9 de març de 2018, cal aclarir que aquesta licitació es regeix pel seu règim jurídic (TRLCSP i Directives de quarta generació) atès que es tracta d'un expedient de contractació iniciat abans de l'entrada en vigor de la LCSP.

Quant a la normativa aplicable per a la resolució del recurs especial en matèria de contractació, atès que el procediment de recurs es va iniciar abans de l'entrada en vigor de la LCSP, de conformitat amb l'apartat 4 de l'esmentada disposició transitòria primera de la LCSP, continuarà tramitant-se aquest procediment fins a la seva resolució d'acord amb el TRLCSP.

SEGON. El contracte mixt de subministrament i instal·lació de tecnologia LED referenciat és susceptible del recurs especial en matèria de contractació, atès el seu caràcter harmonitzat, de conformitat amb l'article 40.1 del TRLCSP.

TERCER. El recurs s'ha interposat contra els plecs de la licitació i la memòria justificativa tècnica, d'acord amb l'article 40.2 a) del TRLCSP com actes susceptibles del recurs especial en matèria de contractació.

QUART. El Tribunal aprecia que BOQUET, empresa del sector objecte de la contractació que s'analitza i que en el recurs se'n declara potencial licitadora, 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 42 del TRLCSP i 16 del Decret 221/2013, de 3 de setembre.

També ha quedat acreditada la representació per actuar en aquest procediment de recurs.

CINQUÈ. Pel que fa al termini d'interposició, es comprova que, el recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 44.2 del TRLCSP.

Així mateix, el recurs s'ha presentat en forma, ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 44.4 del TRLCSP.

SISÈ. Abans d'entrar en el fons de l'assumpte, cal recordar que la funció d'aquest Tribunal no fiscalitzadora, ni qualificadora de documentació, valorativa d'ofertes ni adjudicadora del contracte, funcions que corresponen únicament a l'òrgan de contractació, sinó 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, resolucions núm. 34/2018, 21/2018, 15/2018, 14/2018,

170/2017, 147/2017, 54/0217, 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'intérim/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).

De manera que, d'existir vicis o incompliments en l'acte impugnat, d'acord amb l'article 47.2 del TRLCSP, aquest Tribunal ha de procedir a anul·lar l'acte o actes afectats i ordenar retrotraure les actuacions al moment anterior al moment en què el vici es va produir, però sense que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació, que són els 5 competents per dictar els actes corresponents en el decurs del procediment de contractació. Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical ex article 47.1.b) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (des d'ara, LPAC).

SETÈ. D'acord amb aquesta funció revisora i de la *causa litis* del recurs, aquest Tribunal considera avinent tractar, com a qüestió prèvia, el fet que via aclariments s'hagin afegit determinats aspectes de la valoració de les ofertes, precisament en criteris d'adjudicació subjectes a judici de valor i s'hagi rectificat els certificats que seran admesos, amb ampliació dels que estaven previstos a les prescripcions tècniques que són objecte del recurs especial en matèria de contractació.

Com s'ha exposat en els antecedents de fet, els plecs del contracte referenciat van ser publicats en dates 6 de gener de 2018 en el DOUE, 19 de gener en el BOE i 1 de febrer de 2018 en el DOGC i en el perfil de contractant. La data límit de presentació d'ofertes era el 12 de febrer de 2018.

De l'examen de l'expedient, aquest Tribunal ha comprovat, per tal de donar resposta a les al·legacions realitzades per BOQUET, que consten publicats en el perfil de contractant quatre aclariments de qüestions plantejades al consistori sobre determinats aspectes dels plecs del contracte referenciat. En concret, i respecte de les pretensions del recurs, interessen als

efectes de la resolució d'aquest recurs dues respostes publicades en el perfil de contractant: la publicada en data 11 de gener de 2018, relativa a l'abast del *manteniment de les noves instal·lacions* i que, mitjançant la resposta donada pel consistori, s'afegeix informació respecte a la valoració del criteri d'adjudicació dependent de judici de valor número 2, i la publicada el 25 de gener de 2018, relativa al reconeixement de l'acceptació també de la certificació ENAC, en relació als certificats exigits en les prescripcions tècniques que feien referència únicament als certificats *Enec, Aenor o IQNet*.

Al respecte, cal plantejar si aquestes respostes efectuades pel consistori eren simples aclariments o esmenes materials dels plecs o si pròpiament constituïen modificacions i rectificacions substancials dels plecs. Sobre aquesta qüestió, tal com va indicar el Tribunal Suprem en la Sentència de 27 de març de 2013, "*aclarir*" equival a explicar o posar clar allò que estava fosc, i "*rectificar*" és sinònim de corregir errors. En concret, el TS ha acotat amb un criteri restrictiu el contorn de la figura de la rectificació d'errades identificant-la amb "*aquellos casos cuya corrección no implica un juicio valorativo, al deduirse con plena certeza del propio texto de la resolución, sin necesidad de hipótesis o deducciones*" o bé "*meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solos, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas*". Fora d'aquests supòsits, les variacions que afectin el sentit inicial dels plecs suposarien pròpiament una modificació o una rectificació substancial dels plecs, en tant comporten una operació valorativa que va més enllà de la simple esmena d'un error material (resolucions 331/2017 i 245/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC-).

Partint d'aquesta jurisprudència, en el cas que ens ocupa, les respostes donades pel consistori no es van limitar a "*aclarir*" els extrems plantejats (com seria el cas analitzat pel Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en l'Acord 30/2016) atès que no estaven formulades en termes foscos (en aquest mateix sentit, Resolució 331/2017 TACRC), ni constituïen una simple correcció de la clàusula 18 del PCAP i de la clàusula 4 del PPT, sinó que van rectificar i afegir als plecs informació cabdal en el moment inicial de la licitació quan els potencials operadors econòmics havien de preparar les seves ofertes. Aquests "*aclariments*" especificaven, respecte a la valoració i puntuació del criteri d'adjudicació dependent d'un judici de valor relatiu al manteniment de les noves instal·lacions, que "*com menor siguin les necessitats del manteniment dels equips ofertats, i més coherents siguin les*

operacions de manteniment explicades, millor valoració” i respecte als certificats exigits en les prescripcions tècniques, admetien que la certificació ENAC també “*seria acceptable*”. Respostes, totes elles, que evidencien, com s’analitzarà a continuació, per una banda, la manca de la necessària determinació i concreció prèvia dels plecs i, per una altra, la manca d’adequació de la redacció inicial a la normativa aplicable.

És a dir, aquestes respostes van “*alterar*” el plantejament inicial dels plecs quant al criteri d’adjudicació 2 de la clàusula 18 del PCAP i els certificats de la clàusula 4 del PPT, més enllà del que ha de ser una simple esmena d’error material o un aclariment.

Dit això, en tractar-se de la introducció d’informació important dels plecs de la licitació, conformement amb l’article 47.3 b) de la Directiva 2014/24/UE, l’òrgan de contractació havia de prorrogar necessàriament el termini de presentació de les proposicions per una durada proporcional a la importància de la modificació (per totes, Resolució 102/2017), a fi que totes les empreses afectades poguessin tenir coneixement de tota la informació necessària per presentar les ofertes:

“3. En los casos que se indican a continuación, los poderes adjudicadores prorrogarán el plazo para la recepción de ofertas, de forma que todos los operadores económicos afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para presentar las ofertas:

(...)

b) cuando se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación.

La duración de la prórroga será proporcional a la importancia de la información o de la modificación.”

En el cas examinat no s’està davant cap informació addicional per part de l’òrgan de contractació d’una “*importància menyspreable*” que exceptuaria la regla general exposada (Resolució 123/2017), tal com indica el mateix precepte *in fine* transcrit:

“Si la información adicional solicitada no se ha presentado con antelación suficiente o tiene una importancia desdeñable a efectos de la preparación de ofertas admisibles, no se exigirá a los poderes adjudicadores que prorroguen los plazos.”

En consonància amb l’anterior, l’article 75 del Reial decret 1098/2001, de 12 d’octubre, pel qual s’aprova el reglament general de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, (RGLCAP), referit als anuncis, preveu que:

“Cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que estos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecidos para la presentación de proposiciones”.

En aquest sentit, resulta especialment rellevant per al cas que s'examina en aquest recurs la Sentència del TJUE de 5 d'abril de 2017 (assumpte C-298/15, «Borta» UAB i Klaipėdos valstybinio jūry uosto direkcija VĮ, apartats 74, 75 i 76), en la qual va fixar els requisits que ha de respectar l'entitat adjudicadora per poder realitzar, excepcionalment, modificacions i correccions en els plecs un cop publicada la licitació:

- a) Que les modificacions, encara que puguin ser importants, no siguin tan essencials com per haver atret a potencials empreses licitadores que, sense aquelles, no podrien presentar ofertes. Així pot succeir, en particular, quan les modificacions facin que el contracte sigui sensiblement diferent per naturalesa del que s'havia definit inicialment.
- b) Que les modificacions siguin objecte d'una publicitat adequada, per tal que totes les potencials empreses licitadores raonablement informades i normalment diligents les puguin conèixer en les mateixes condicions i en el mateix moment.
- c) Que les modificacions tinguin lloc abans de la presentació de les ofertes.
- d) Que el termini de presentació de les ofertes s'ampliï quan les modificacions siguin importants, que la durada de l'ampliació depengui de la importància de les modificacions i que aquesta durada sigui suficient per permetre als operadors econòmics interessats adaptar consegüentment les seves ofertes.

Ara bé, en aquesta licitació ens trobem en la fase inicial del procediment i, per tant, la conseqüència de l'existència, ja sigui d'una modificació dels plecs, d'un error material o d'una infracció d'altra naturalesa, no es diferencien gaire, en el sentit que cal, en tots aquests casos, no només la publicació d'aquestes respostes que alteren el plecs utilitzant els mateixos mitjans de publicació que per a la convocatòria de la licitació (Resolució 408/2015 i 76/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía), sinó també atorgar nou termini per a la presentació de proposicions i la consegüent modificació de les dates d'obertura pública de les ofertes (Resolució 14/2014 del TACRC) o el prudencial segons la importància de la modificació, per tal de garantir els drets del licitadors i també l'advertència de què s'ha produït la rectificació pel mateix mitjà de remissió que contenia la convocatòria. En efecte, així s'expressa el TACRC en la Resolució núm. 643/2016:

“La certeza y transparencia exigibles en el proceso de contratación y la propia igualdad de los licitadores requiere lógicamente que la versión rectificada de los pliegos reciba al menos la misma publicidad que los pliegos de la versión incorrectamente publicada, lo que incluye, no

sólo la publicación de la modificación en los pliegos en el Perfil del contratante, sino también la advertencia de que se ha producido la rectificación por el mismo cauce de remisión a ella que contenía la convocatoria originaria. Las fuentes inmediatas de conocimiento de los pliegos pueden ser las mismas tras la rectificación, pero es un hecho incontrovertido que la versión incorrecta de los pliegos ha estado publicada y accesible durante tiempo hábil para la preparación y presentación de ofertas, por lo que no puede asegurarse que los terceros interesados hayan tenido acceso en condiciones de igualdad a la versión correcta y es necesario que dicha versión rectificadora se publicite en un nivel equiparable al menos al de la convocatoria misma, lo que en el caso requeriría advertir de su existencia en anuncios iguales a los de la convocatoria, aun cuando los pliegos rectificados continúen publicándose exclusivamente en el Perfil del contratante”.

Respecte a la necessitat de donar un nou termini si es varien els plecs, s’ha pronunciat el TACRC en la Resolució 245/2016:

“Continuando en esta línea de razonamiento, no parece que deba existir obstáculo para que, advertida la necesidad de introducir una variación en los pliegos, por error (incluso de carácter no propiamente material, sino de concepto), incongruencia de los mismos u otra circunstancia análoga, pueda modificarse o subsanarse su contenido si con ello no se producen efectos desfavorables para ningún licitador ni se vulneran los principios rectores de la contratación, muy especialmente los de igualdad y concurrencia. No parece razonable ni proporcionado que en tales supuestos, en los que en muchas ocasiones en realidad no nos encontraremos ante un vicio que afecte a la validez del acto, deba exigirse el rigor de un procedimiento de revisión de oficio de los pliegos, ni tampoco que haya de procederse en todo caso a desistir del procedimiento para iniciar formalmente una nueva licitación, con el consiguiente perjuicio para los intereses públicos que derivaría del retraso que ello provocaría en la tramitación, siendo así que puede corregirse la situación planteada sin menoscabo de los intereses de los potenciales licitadores abriendo un nuevo plazo de presentación de ofertas tras la modificación del pliego.

Téngase presente aquí, además, otro principio de especial relieve en esta materia, cual es la potestad discrecional que debe reconocerse al órgano de contratación para conformar el objeto y condiciones de la contratación de la forma que estime más adecuada para los intereses públicos, lo que también abona la posibilidad de adecuar el pliego cuando se advierta necesidad para ello siempre sin incidir de manera perjudicial en la esfera jurídica de terceros interesados que pudieran haber ya concurrido a la licitación”. (el subratllat és nostre).

Per tant, d’acord amb la normativa i jurisprudència analitzades, calia donar la publicitat necessària a aquestes variacions dels plecs i un nou termini o un termini prudencial segons la importància de la modificació a apreciar per l’òrgan de contractació de presentació d’ofertes de conformitat amb els principis rectors de la contractació pública (article 159 del TRLCSP). En efecte, aquest mode de procedir per part de l’Ajuntament de Sant Boi de Llobregat, a més de vulnerar la normativa descrita, i el principi de no-alteració dels plecs (articles 115, 116 i 142 del TRLCSP), atempta contra els més elementals principis bàsics d’igualtat de tracte i no discriminació, publicitat i transparència que proclamen els articles 1 i 139 del TRLCSP.

VUITÈ. Entrant a analitzar les alegacions efectuades per BOQUET, en primer lloc, pertoca l'anàlisi relativa a la redacció dels criteris de valoració depenent d'un judici de valor corresponent al *Programa d'actuacions i valoració de manteniment de les noves instal·lacions* (40 punts), *Programa d'actuacions en l'execució* (10 punts) i *Millores tècniques sobre les relacionades a la clàusula 4 del PPT* (5 punts) en el sentit que, a parer de la part actora, la redacció d'aquests criteris no s'adeqüen als mandats dels articles 1 i 139 del TRLCSP relatius als principis de la igualtat de tracte i transparència, principis fonamentals de la Directiva 2014/14/UE, del Parlament Europeu i del Consell de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública per la qual es deroga la Directiva 2004/18/UE (en endavant, Directiva 2014/24/UE), ni a l'article 150 del TRLCSP.

Per tal de resoldre aquesta qüestió, cal analitzar la redacció dels criteris d'adjudicació controvertits de la clàusula 18 del PCAP.

<p>2. Programa d'actuacions i valoració de manteniment de les noves instal·lacions:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Descripció dels treballs necessaris i planificació manteniment (5 punts), - Organigrama de l'equip tècnic i mitjans dedicats a manteniment (5 punts), - Coherència de les estructures - operatives de treball de manteniment (5 punts), - Comparativa dels estudis lumínic abans i després amb les llumeneres noves proposades (5 punts). 	20 punts
<p>5.- Programa d'actuacions en l'execució; del subministre i instal·lació amb descripció dels treballs necessaris (5 punts). I organigrama de l'equip tècnic i mitjans dedicats en execució (5 punts).</p>	10 punts
<p>6. Millores tècniques sobre les relacionades a la Clàusula 4 del plec de prescripcions tècniques, relacionades amb l'estalvi energètic (punts plec tècnic l-m-q) i a les necessitats de gestió energètica de l'enllumenat públic (punts plec tècnic d-e-f-g-h-j-n-o-r-t-u-v-w). La puntuació es farà en funció de la seva idoneïtat i adaptabilitat al contracte independentment del seu import.</p> <p>Només es valoraran a fi i efecte d'aquest criteri aquelles millores relacionades amb l'estalvi energètic i a les necessitats de gestió energètica de l'enllumenat públic. Aquestes característiques d'estalvi i gestió energètica s'han de valorar de forma global atenent que un augment de la potència de l'aparell pot anar tècnicament correlacionada amb un augment de l'eficiència i dels lúmens emesos per la font de llum o no.</p>	5 punts

L'empresa BOQUET esgrimeix que la redacció d'aquests criteris es limita a descriure els apartats que han de contenir la proposta tècnica, però assenyala que manca l'establiment de la ponderació de cadascun d'aquests criteris per tal de garantir el principi de transparència,

igualtat i no discriminació entre els diferents licitadors. Entén que aquest criteri no permet als potencials licitadors, a l'hora d'elaborar les seves ofertes, conèixer “*què*” i “*en quant*” (*Vid.*) serà valorat, és a dir, el sistema de valoració de les proposicions tècniques, de manera que, amb aquesta redacció, s'està conferint al poder adjudicador una llibertat de decisió il·limitada que va en contra del principi d'igualtat de tracte entre els licitadors, del principi de transparència i la salvaguarda d'una competència sana i efectiva. Per aquest motiu, sol·licita que el Tribunal ordeni a l'òrgan de contractació una major claredat en la redacció del criteri, per tal de garantir la igualtat i la transparència.

Al respecte, el consistori defensa la redacció d'aquests criteris, sobre la base que la llei no obliga a establir cap sistema de valoració pels criteris subjectius, i que només és preceptiu la justificació de l'assignació de punts a les ofertes.

Respecte al criteri 2, explica que fruit d'una consulta, es va aclarir que en aquest criteri: “*es tracta de valorar el manteniment que requereixen tots els equips ofertats per valorar si els nous equips suposaran un increment o no de les tasques de manteniment actuals. Cal detallar les operacions de manteniment a realitzar i els mitjans tècnics i personals necessaris per executar-lo en les làmpades ofertades. Òbviament com menor siguin les necessitats de manteniment dels equips ofertats, i més coherents siguin les operacions de manteniment explicades, millor valoració. El manteniment per robatoris, accidents de trànsit i incidències climatològiques serà cobert per l'Ajuntament*”. D'acord amb això, argumenta que queda perfectament exposat que, quant menor siguin les necessitats de manteniment dels equips ofertats i més coherents siguin les operacions de manteniment explicades, millor valoració.

Respecte al criteri 5, l'Ajuntament de Sant Boi sosté que com més coherents siguin les descripcions dels treballs necessaris així com de l'organigrama i majors siguin els recursos dedicats, millor puntuació. Ateses aquestes argumentacions, conclou que aquesta redacció no vulnera ni el principi d'igualtat de tracte ni el de transparència.

De l'examen de la redacció dels criteris controvertits i de l'argument donat per l'òrgan de contractació, aquest Tribunal comprova que si bé la redacció del criteri està integrada per varis subcriteris de caire descriptius, en el criteri 2 *Programa d'actuacions i valoració de manteniment de les noves instal·lacions*, no queda clar com es puntuarà: si consisteix simplement el fet de presentar cada aspecte -la descripció dels treballs necessaris i la planificació del manteniment, l'organigrama de l'equip tècnic i mitjans dedicats a manteniment,

la coherència de les estructures-operatives de treball de manteniment, la comparativa dels estudis lumínic abans i després amb llumeneres, noves proposades- i si la puntuació serà binària això és si es presenta, s'obté la màxima puntuació i, en cas contrari, comporta zero punts, atès que la puntuació tal i com es preveu en aquesta clàusula, és de 5 punts per cada subcriteri; o si, tindrà millor valoració qui ofereixi una proposta amb menys necessitats de manteniment dels equips ofertats i més coherents, com indica el consistori en l'aclariment i en l'informe de l'article 46 del TRLCSP.

Quant a l'aclariment que fa referència el consistori, cal indicar que efectivament consta publicat en el perfil de contractant tant el contingut d'aquest aclariment, com la resposta de data 11 de gener de 2018. Tanmateix, cal apuntar que la pregunta i resposta es va formular en aquests termes:

Consulta:

En l'apartat de puntuacions, concretament al punt 2:

Ens sol·liciteu en diferents apartats, tasques relacionades amb el manteniment dels nous equips instal·lats.

- *Durant quan temps s'ha de dur a terme aquest manteniment?*
- *Que ha d'incloure aquest manteniment? Ja que en el Plec tècnic ni administratiu no es descriu res. El Manteniment Correctiu degut a robatoris, accidents de trànsit i incidències climatològiques qui el cobreix?*

Resposta:

Això es tracta de valorar el manteniment que requereixen tots els equips ofertats per valorar si els nous equips suposaran un increment o no de les tasques de manteniment actuals. Cal detallar les operacions de manteniment a realitzar i els mitjans tècnics i personals necessaris per executar-lo en les làmpades ofertades. Òbviament com menor siguin les necessitats de manteniment dels equips ofertats, i més coherents siguin les operacions de manteniment explicades, millor valoració. El manteniment per robatoris, accidents de trànsit i incidències climatològiques serà cobert per l'Ajuntament.

En tot cas, a més del que s'ha exposat en el fonament jurídic setè, queda palès que via aclariment aflora la manca de determinació dels criteris d'adjudicació que havien estat objecte d'esmena per tal de garantir la necessària transparència que s'ha de procurar en les licitacions públiques.

De l'anàlisi pormenoritzat de cada cada subcriteri, sorgeixen dubtes sobre allò al que s'està referint exactament el consistori en els plecs. En primer lloc, cal qüestionar les raons per les quals s'estigui valorant el manteniment de les noves instal·lacions quan el manteniment

pròpiament no està contemplat dins de l'objecte del contracte, sinó que únicament tindria sentit si és per a valorar els costos que suposarà l'execució d'aquest contracte des del punt de vista del cost del cicle de vida del contracte. En aquest sentit, la pregunta efectuada i publicada en el perfil de contractant reflexa la necessitat de determinació i delimitació prèvia de l'abast del manteniment dels equips instal·lats en el moment inicial de la licitació, que és quan les diferents empreses interessades en la licitació han de preparar les ofertes.

Dit això, en el subcriteri relatiu a la *Descripció dels treballs necessaris i planificació manteniment (5 punts)*, es troba a faltar la determinació dels aspectes concrets sobre els quals es valorarà aquest criteri si bé, de l'aclariment donat semblaria apuntar als costos que suposarà el manteniment de les llumeneres. Quant al subcriteri relatiu a l'*Organigrama de l'equip tècnic i mitjans dedicats a manteniment (5 punts)* succeeix el mateix, només té sentit si és per valorar els costos que suposen els recursos humans que es destinaran al manteniment de nous equips una vegada s'han subministrat i instal·lat les llumeneres.

Pel que fa al subcriteri *Coherència de les estructures – operatives de treball de manteniment (5 punts)*, tampoc queda clar com es valorarà aquesta "coherència", ni els paràmetres que s'observaran a l'hora de la puntuació.

I, finalment respecte al subcriteri relatiu a la *Comparativa dels estudis lumínic abans i després amb les llumeneres noves proposades (5 punts)*, cal concloure també que no s'aporta cap element que expliqui què és el que es tindrà en compte i com es valorarà.

Respecte al criteri 5, succeeix el mateix. La clàusula 18 del PCAP fa referència al *Programa d'actuacions en l'execució del subministrament i instal·lació amb descripció dels treballs necessaris (5 punts) i organigrama de l'equip tècnic i mitjans dedicats en execució (5 punts)*, i en seu de l'informe de l'òrgan de contractació s'indica que per a la valoració d'aquest criteri, obtindran millor puntuació les proposicions en funció de la coherència i el major número de recursos dedicats. Al respecte, cal assenyalar, a més, que aquesta informació no queda especificada en els plecs ni en cap esmena ni aclariment que s'hagi publicat i tampoc no s'explica com s'efectuarà la valoració d'aquest criteri. En efecte, no queda clar si la puntuació serà pel simple fet de presentar aquest programa i organigrama respectivament i, de no ser així, cal fer notar que aquesta clàusula no conté cap informació addicional que permeti conèixer en aquest moment inicial de la licitació, què es valorarà del programa i organigrama i com serà valorat aquest criteri.

Per últim, pel que fa al criteri 6, relatiu a les *Millores tècniques sobre les relacionades a la Clàusula 4 del PPT*, aquí sí que la clàusula 18 del PCAP indica expressament que la puntuació es farà en funció de la seva idoneïtat i adaptabilitat al contracte independentment del seu import. Al respecte, i de les al·legacions de la part actora, en aquest criteri aquest Tribunal considera que permet als potencials licitadors preparar l'oferta amb coneixement previ d'allò que l'òrgan de contractació haurà d'observar a l'hora de valorar les diferents ofertes. En tot cas, caldrà que la valoració s'adeqüi a aquests paràmetres, atorgant una puntuació proporcionada atenent al nivell d'assoliment de les pautes fixades en aquesta clàusula.

De tot l'exposat, aquest Tribunal considera que en els criteris 2 i 5, el PCAP, si bé indica la puntuació a atorgar, no afavoreix la comprensió complerta d'aquests criteris el fet que la clàusula 18 del PCAP indiqui la puntuació sense la possibilitat de cap graduació –com seria si s'hagués previst que la puntuació fos *fins a 5 punts*-. A això s'ha d'afegir, que la redacció d'aquests criteris és molt àmplia, sense especificar les pautes que permetin als potencials licitadors conèixer com es valorarà cada aspecte a valorar i que servirà com a paràmetre a tenir en compte a les empreses per a l'elaboració de les ofertes i per valorar després les ofertes sense introduir res de nou.

Sobre el caràcter dels criteris de valoració dependents d'un judici de valor, valgui citar també les resolucions del TACRC núm. 385/2017, 208/2017 i 203/2016 quan, tot portant a col·lació doctrina anterior, van indicar:

“El Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la determinación necesaria de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, entre otras en la Resolución 1160/2015, de 18 de diciembre, en la que indicamos que:

“a) Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el pliego, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación que es especialmente necesaria en el caso de los criterios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse el principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello (resoluciones no102/2013, 263/2011).

b) En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas (resolución nº 923/2014).

c) Los criterios establecidos en el pliego *no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengan a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general* (resolución 301/2012). (...)”

La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. La Jurisprudencia (por ejemplo STS de 27 de junio de 2.012) y nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de adjudicación de las proposiciones de los licitadores que solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega o vulneración del procedimiento. La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica.”

De l'anterior s'infereix que cal que en els plecs quedin perfectament definits i detallats els criteris de valoració de les ofertes (Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea – TJUE- de 10 de maig de 2012, *Comissió contra Països Baixos*, C-368/10; STJUE, de 14 de juliol de 2016, *TNS Dimarso NU y Vlaams Gewest*) per deixar-hi fixats i publicats els elements reglats del judici de valor que s'haurà d'emetre posteriorment en la valoració de les ofertes, atenint-se en tot cas els poders adjudicadors a la mateixa interpretació dels criteris d'adjudicació al llarg de tot el procediment de licitació (STJUE de 18 d'octubre de 2001, *SIAC Construction*, C-19/00). Això és així per tal que aquesta funció valorativa sigui exponent d'una avaluació de les ofertes discrecional i motivada i no d'una valoració de sorpresa que pugui introduir *ex novo* criteris, subcriteris o paràmetres no indicats prèviament en el PCAP i, amb tot, arbitrària i discriminatòria entre tots els candidats i licitadors (per totes, resolucions 10/2016, 101/2015 i 220/2014). No hem d'oblidar que estem davant d'un procediment competitiu. I tal com s'ha pronunciat aquest Tribunal (entre moltes altres, resolucions núm. 10/2016, 101/2015 i 202/2014), alhora que també és doctrina imperant en la resta de tribunals resolutoris de recursos contractuals, una entitat adjudicadora, en la seva competència de valoració d'ofertes en un procediment de licitació, no pot fixar *a posteriori* coeficients de ponderació ni aplicar regles de ponderació relatius als criteris d'adjudicació establerts en el plec de condicions o en l'anunci de licitació, sense que s'hagin posat prèviament en coneixement dels licitadors. I en el cas examinat, és en aquest moment procedimental, el de l'aprovació dels plecs que regiran la licitació, quan ho ha de fer l'entitat contractant ja que les

empreses interessades en la licitació desconeixen d'antuvi, en el moment de preparació de les ofertes, què es valorarà pròpiament.

Això és així tant per expressa indicació de l'article 150.2 del TRLCSP (*"Els criteris que han de servir de base per a l'adjudicació del contracte els ha de determinar l'òrgan de contractació i s'han de detallar a l'anunci, en els plecs de clàusules administratives particulars o en el document descriptiu"*) com en virtut del respecte al principi d'igualtat de tracte dels licitadors en el decurs de tot el procediment de contractació i a la correlativa obligació de transparència dels òrgans que hi intervenen (Sentència de 24 de gener de 2008, assumpte C-532/06, *Alexandroupolis*); una igualtat de tracte i transparència que regnen des del mateix moment de l'aprovació dels plecs i de la preparació de les ofertes."

El detall necessari dels criteris de valoració no significa que els criteris hagin de ser "automàtics", sinó que quedi ben il·lustrat "què" es valorarà, "com" es valorarà i quina puntuació obtindran o fins a quina puntuació podran arribar les proposicions en cadascun d'ells (per totes, Resolucions 101/2015 i 202/2014).

Definir uns criteris de valoració no és necessàriament ni únicament indicar-los a mode de detall en apartats i subapartats amb la puntuació assolible corresponent, sinó fonamentalment definir què és el que es vol prioritzar en la valoració de les ofertes (a més de totes les portades a col·lació, Resolució 194/2015).

Dit això, respecte als arguments efectuats pel consistori, tal i com vam dir en les resolucions 45/2018, 112/2017, 10/2016 i 150/2015, cal distingir que una cosa és que el PCAP defineixi uns criteris d'apreciació subjectiva i fixi els paràmetres o marges en virtut dels quals:

- les empreses interessades en la licitació sàpiguen què es valorarà, com es valorarà i en quant o fins quant, i, per tant, tinguin tota i la mateixa informació per saber què poden oferir perquè les seves propostes puguin resultar les més avantatjoses per a l'interès públic d'aquesta contractació (entre moltes altres, resolucions 184/2017 i 220/2014);
- l'òrgan tècnic de valoració pugui desplegar la discrecionalitat tècnica de què es troba investit en la funció valorativa de les ofertes i motivar-la (serveixin les resolucions 69/2017, 123/2015 i 193/2015; STJUE, de 14 de juliol de 2016, *TNS Dimarso NU y Vlaams Gewest* STJUE de 20 de setembre de 2011, *Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*, assumpte T-461/08; Sentències del Tribunal

Suprem de 20 de gener, 9 de març i 15 de juny de 1998, de 13 de gener de 2000 i de 24 de setembre de 2014, i la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 542/2012, de 8 de maig), i

- els tribunals de justícia i els òrgans i tribunals administratius resolutoris dels recursos contractuals puguin exercir la funció revisora i de control de legalitat que tenen atribuïda sobre l'actuació administrativa (també entre d'altres, resolucions 8/2016 i 101/2015 i la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 13 desembre 2013, *v. supra*),

i una altra cosa ben diferent és confondre o identificar els criteris de valoració dependents d'un judici de valor amb criteris mancats de paràmetres i excessivament amplis que atorguin a qui en faci l'anàlisi una llibertat il·limitada de valoració i decisió sobre les propostes licitadores i, per tant, que siguin criteris que afavoreixin o puguin afavorir que es produeixi favoritisme, arbitrarietat i discriminació entre els candidats i licitadors (Resolucions 45/2018, 112/2017, 10/2016 i 150/2015).

La necessitat de la prèvia determinació dels criteris d'adjudicació és una exigència del principi de transparència, en tant que reclama que els requisits estiguin formulats amb el suficient grau de precisió que permeti a tots els licitadors raonablement informats i normalment diligents, conèixer l'abast exacte i, per tant, interpretar-los d'igual forma. En efecte, el principi de transparència té com a objectiu garantir que no existeixi cap risc de favoritisme i arbitrarietat per part del poder adjudicador. En concret, la STJUE de 14 de setembre 2017, *Casertana Consttuzioni Srl y Ministerio delle Infrastructure e dei Trasporti*, (C-223/16), ha afirmat que:

*“34. Así pues, por una parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación obligan a que los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implican, por tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otra parte, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Dicha obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 61 y jurisprudencia citada, y sentencia de 4 mayo de 2017, *Esaprojekt*, C-387/14, EU:C:2017:338, apartado 36)”.*

Per tant, l'exigència de la predeterminació dels criteris d'adjudicació té per objecte que els operadors econòmics potencialment interessats coneguin els elements que es prendran en consideració per a identificar l'oferta econòmicament més avantatjosa, així com garantir el respecte dels principis d'igualtat de tracte i transparència, exigències que no concorren en la redacció d'aquests criteris d'adjudicació.

En definitiva, per les raons exposades, cal estimar parcialment aquesta al·legació, en el sentit d'ordenar a l'òrgan de contractació retrotraure el procediment de licitació al moment previ a l'aprovació dels plecs, per tal de redactar de nou els criteris 2 i 5 de la clàusula 18 del PCAP amb l'objecte que s'indiquin les especificacions i pautes que s'han d'observar per a la preparació de les ofertes i en la valoració d'aquest criteri subjecte a judici de valor.

NOVÈ. El segon motiu d'impugnació gira al voltant de la manca de vinculació del criteri de valoració mitjançant judici de valor 2 de la clàusula 18 del PCAP relatiu al *Programa d'actuacions i valoració de manteniment de les noves instal·lacions*, amb l'objecte del contracte tal i com estableix l'article 150.1 del TRLCSP i l'article 67.2 de la Directiva 2014/24/UE. En concret, BOQUET sosté que, d'acord amb l'objecte del contracte: renovació de 1.072 lluminàries d'enllumenat públic existent en el municipi –que inclou el subministrament i instal·lació de les noves lluminàries-, el subministrament del productes és l'element principal del contracte (lluminària LED per enllumenat exterior i sistema de protecció de sobretensions), mentre que la instal·lació del producte és una prestació accessòria o complementària al subministrament, per això, conclou que el manteniment de la instal·lació no és l'objecte del contracte.

Per la seva banda, l'òrgan de contractació informa que, de conformitat amb el parer dels tècnics municipals, tots els criteris de valoració responen a valorar els tres components del contracte, que són: la qualitat, l'eficiència energètica i el cost d'adquisició i instal·lació de les llumeneres. En concret, afirma que per a valorar la qualitat del subministrament, consideren imprescindible "*valorar la informació dels treballs necessaris i planificació de manteniment i valorar-ne la seva coherència de les estructures-operatives de treball part de licitador, així com l'organigrama i els mitjans dedicats a manteniment, tal i com es sol·licita en el criteri 2*". En l'informe de l'article 46 del TRLCSP s'expliquen també les vinculacions del criteri 5 –qualitat del producte- i 6 –eficiència energètica-, i conclou que es pretén avaluar la qualitat i l'eficiència

energètica dels elements a subministrar i instal·lar d'una forma subjectiva i el preu d'una forma objectiva, elements que estan estretament i indissolublement lligats a l'objecte del contracte establert en la clàusula 1 del PCAP.

Exposades les postures d'ambdues parts, cal tenir en compte tant l'objecte mixt del contracte de subministrament i d'obres -tal i com està recollit en el PCAP- com la redacció del criteri controvertit.

La clàusula 1 del PCAP relativa a l'objecte del contracte disposa:

Clàusula 1. Objecte del contracte

Aquest plec té per objecte la contractació del subministrament, instal·lació i canvi de llumeneres de l'enllumenat públic de diversos carrers del municipi de Sant Boi de Llobregat d'acord amb allò establert als articles 9,10 i 12 del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic (en endavant TRLCSP).

Les necessitats administratives a satisfer i els factors que intervenen en el present contracte estan acreditats en l'expedient corresponent.

CPV: 34928530-2 (Làmpades d'enllumenat públic), 51110000-6 (Serveis d'instal·lació d'equip elèctric).

I, el criteri 2 de la clàusula 18 del PCAP relativa als criteris de valoració depenent d'un judici de valor fa referència al *Programa d'actuacions i valoració de manteniment de les noves instal·lacions*.

Al respecte, com s'ha exposat en el fonament jurídic anterior, cal incidir en la necessitat de formular correctament aquest criteri controvertit, en el sentit que el manteniment dels nous equips només es pot entendre com a criteri de valoració si té com a finalitat valorar el cost del cicle de vida del contracte de subministrament, instal·lació i canvi de llumeneres de l'enllumenat públic de diversos carrers de Sant Boi de Llobregat.

Partint de la premissa anterior, respecte a la vinculació dels criteris d'adjudicació amb l'objecte del contracte, cal tenir en compte que l'article 150.1 del TRLCSP disposa que: *"Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse directamente vinculados al objeto del contrato..."*.

Mentre que l'article 67.2 de la Directiva 2014/24/UE exigeix que els criteris d'adjudicació estiguin *"vinculats"* a l'objecte del contracte:

"La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando en planteamiento que atienda a la

relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá influir la menor calidad relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate" (el subratllat és nostre).

En efecte, a partir del 19 d'abril de 2016, les previsions del TRLCSP requerien una interpretació conforme amb les disposicions de la Directiva 2014/24/UE, respecte de la qual, un dels canvis més significatius que se'n va apreciar respecte a la configuració de l'oferta econòmicament més avantatjosa, és que un dels requisits dels criteris d'adjudicació és la necessitat que estiguin vinculats, ja no necessàriament de forma directa, a l'objecte del contracte (Resolució 124/2017, per totes).

D'acord amb la jurisprudència comunitària, el criteri d'adjudicació relatiu a la necessitat que el criteri estigui vinculat a l'objecte del contracte s'ha flexibilitzat de manera que no implica fins i tot que l'element objecte de la valoració s'incorpori físicament a la prestació (Sentència del STJUE de 10 de maig de 2012, *Comissió c. Països Baixos*, As. C-368/10), per tant, amb aquesta nova redacció, s'ha d'entendre que la Directiva es refereix a un concepte ampli del contracte, a qualsevol de les seves prestacions¹.

En conclusió, dels arguments realitzats per totes les parts, es conclou que cal adequar la redacció del criteri controvertit per tal que es pugui entendre vinculat amb l'objecte del contracte, i, per tant, cal estimar aquesta al·legació.

DESÈ. L'empresa BOQUET al·lega també que el criteri de valoració 5 de la clàusula 18 del PCAP no va dirigit a identificar l'oferta econòmica més avantatjosa sinó que està vinculat a l'apreciació de l'aptitud dels licitadors per a l'execució del contracte, en tant que fa referència també a l'organigrama de l'equip tècnic i els mitjans dedicats en execució.

¹ L'article 145.6 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 (LCSP), que ha entrat en vigor el 9 de març de 2018, ja preveu que: "6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material".

L'Ajuntament de Sant Boi de Llobregat defensa que, d'acord amb la normativa, la jurisprudència i del criteri dels tècnics municipals, la valoració de l'experiència de l'equip humà adscrit a l'execució del contracte per sobre del nivell mínim exigint per a acreditar la solvència és admissible com a criteri d'adjudicació. En concret, argumenta que, des del parer dels tècnics municipals: *“es valora quina part de la seva capacitat humana i material posaran a disposició per a l'execució dels treballs de subministrament, instal·lació i canvi de llumeneres que es liciten”*. I afegeix que: *“La resolució d'incidències durant l'execució del contracte, la qualitat de l'execució o les afectacions sobre els serveis d'enllumenat públic durant la durada dels treballs, entre d'altres, tenen relació directa amb l'equip tècnic i els mitjans dedicats a l'execució del contracte. I això influeix de forma determinat en la qualitat de l'objecte del contracte. Així, un licitador amb elevats mitjans materials i humans, podria disposar de només una petita part per a l'execució de l'esmentat contracte, essent el resultat d'una baixa qualitat. Així, mitjançant el criteri de valoració 5, es vol valorar els mitjans i equip tècnic dedicat a l'execució del contracte en concret, independentment de mitjans i equips tècnics dels que disposa l'empresa en general”*.

La redacció del criteri 5 controvertit és la següent: *Programa d'actuacions en l'execució; del subministrament i instal·lació amb descripció dels treballs necessaris (5 punts) I organigrama de l'equip tècnic i mitjans dedicats en execució (5 punts)*.

Al respecte, cal recordar que en el marc que gaudeixen els òrgans de contractació d'acord amb l'article 22 del TRLCSP, aquests disposen de la llibertat de dissenyar el contracte per tal de donar resposta a les necessitats públiques i que, aquest exercici de discrecionalitat tècnica té com a límit, entre d'altres, que la fixació dels criteris d'adjudicació ha de ser vinculada amb l'objecte del contracte i no amb les característiques o circumstàncies de l'empresa licitadora (Resolució 85/2017 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta Andalusia, entre d'altres).

L'article 67 de la Directiva 2014/24/UE, recull la possibilitat de tenir en compte el criteri de la qualitat de les aptituds personals per les prestacions de contingut intel·lectual de les empreses licitadores dins del concepte *“oferta econòmicament més avantatjosa”*, tot reconeixent que l'experiència continua sent un criteri de solvència (Resolució 86/2017, per totes). En efecte, el legislador comunitari és conscient de la necessitat d'atendre a altres aspectes importants en la licitació que no només al preu en funció de cada licitació, en particular, per a la correcta

execució del contracte i així és com s'expressa el legislador comunitari en els Considerants 89 i 90 de la Directiva. Per tant, els poders adjudicadors han de ser sensibles i conscients de les particularitats de les noves directives de quarta generació.

El Considerant 94 de la Directiva 2014/24/UE reconeix la possibilitat contemplar com a requisit d'adjudicació la qualitat del personal, en les circumstàncies següents:

“Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad.”

L'apartat b) de l'article 67 de la Directiva 2014/24/UE preveu aquest possible criteri d'adjudicació², sempre que afecti de manera significativa a l'execució del contracte, aspecte que hauran d'apreciar i justificar els poders adjudicadors:

“b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o”

Aquest article 67 de la Directiva 2014/24/UE ha positivitzat la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, en concret la Sentència de 26 de març de 2015 Assumpte *Ambisig* (C-601/13). En aquest supòsit, el Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) va plantejar al Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) si l'article 53, apartat 1 lletra a) de la Directiva 2004/18/CE s'oposa al fet que l'entitat adjudicadora, per a la contractació de serveis de caràcter intel·lectual, fixi un criteri d'adjudicació que permeti avaluar la qualitat dels equips concretament proposats per les empreses licitadores per a l'execució del contracte, criteri que té en compte la constitució de l'equip, així com l'experiència i el currículum dels seus membres. Al respecte, el TJUE tot reconeixent la importància de la qualitat particularment en prestacions de tipus intel·lectuals, afirma que l'esmentat article de

² En aquest sentit, l'article 145.2 de la LCSP, preveu com a criteri d'adjudicació, entre d'altres *“La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”*.

la Directiva 2004/18/CE no s'oposa a que el poder adjudicador estableixi un criteri que permeti avaluar la qualitat dels equips, sempre que sigui una característica intrínseca de l'oferta i estigui vinculada a l'objecte del contracte:

- “31 La calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación.*
- 32 Así sucede en particular cuando la prestación objeto del contrato es de tipo intelectual, y se refiere, como en el caso de autos, a servicios de formación y consultoría.*
- 33 Cuando un contrato de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, en el sentido del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18.*
- 34 Por consiguiente, la citada calidad puede figurar como criterio de adjudicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones de que se trate.*
- 35 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial que, para la adjudicación de un contrato de prestación de servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría, el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y currículo de sus miembros”. (el subratllat és nostre).*

Reconeguda la possibilitat d'incloure com a criteri d'adjudicació, l'organització, la qualificació i experiència del personal sempre que concorrin les específiques circumstàncies de l'article 67.2.b) de la Directiva 2014/24/UE, per sobre del nivell mínim exigít (Resolució 86/2017 i Resolució 26/2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid), en el supòsit que ens ocupa, però, no queda acreditat el nivell mínim exigít en els plecs. En efecte, el PPT no indica cap prescripció tècnica al respecte, únicament en seu de solvència, la clàusula 17 del PCAP exigeix un responsable del contracte amb titulació mínima d'enginyer tècnic. Per tant, aquest Tribunal no disposa de cap element de referència per tal de comprovar que, efectivament, l'organigrama de l'equip tècnic i mitjans dedicats en execució del criteri de valoració 5 de la clàusula 18 del PCAP, està per sobre del nivell mínim exigít.

En definitiva, si bé procediria la desestimació de fons d'aquesta al·legació tal i com ha estat plantejada per la recurrent atès que, de conformitat amb la Directiva 2014/24/UE és possible valorar com a criteri d'adjudicació l'organització i la qualificació i l'experiència del personal

encarregat d'executar el contracte si la qualitat del personal emprat pot afectar de manera significativa a l'execució del contracte; és igualment cert que, en aquest supòsit, aquest Tribunal difícilment pot analitzar aquesta “*afectació significativa de la qualitat*” per la manca de determinació en els plecs del nivell mínim exigít del personal que permetria proporcionar la informació necessària tant als potencials licitadors per a preparar la seva oferta com a aquest Tribunal per comprovar-ho. Per tot això, cal estimar aquesta al·legació en el sentit exposat.

ONZÈ. En darrer lloc, l'empresa BOQUET manifesta que la clàusula 4 del PPT, a l'hora d'establir les característiques tècniques exigibles de la lluminària a subministrar que disposi del certificat de qualitat *Enec*, *Aenor* o *IQNet*, vulnera l'article 117.2 del TRLCSP perquè crea obstacles injustificats a l'obertura del contracte a la competència.

Per tal de fonamentar aquesta al·legació afirma que *Enec* és una entitat mercantil que opera com a empresa certificadora del marcatge CE i altres normes EN-UNE relacionats amb la seguretat de productes electrònics; i *AENOR* i *IQNet* són entitats mercantils que operen com a empreses certificadores, entre d'altres, de normes internacionals ISO 14.001 i ISO 9.001. Atès això, denuncia que el PPT en lloc d'indicar les normes que ha de complir el producte a subministrar i exigir que els licitadors acreditin mitjançant un certificat emès per una empresa certificadora, com podria ser el cas de *Enec*, *AENOR* i *IQNet*, entre moltes, el que fa és exigir als licitadors que presentin un certificat emès per una d'aquestes tres empreses certificadores, sense indicar quines normes s'han d'acreditar mitjançant aquest certificat. Afegeix que el PPT no pot exigir que els certificats estiguin emesos per una entitat certificadora en concret, en tot cas, reconeix que el que és exigible és que l'empresa certificadora estigui homologada conforme a les normes europees relatives a la certificació, que en l'Estat espanyol és *ENAC*.

Per tot això, invoca l'article 44 de la Directiva 2014/24/UE i al·lega la vulneració de l'article 117.2 del TRLCSP, sol·licitant l'anul·lació del requeriment tècnic de la clàusula 4 del PPT per no ajustar-se a la normativa en contractació.

Al seu torn, el consistori sosté que, tot i que el PPT no especifiqui la possible acceptació d'altres proves de mesures equivalents de qualitat ambiental relatives a la certificació, la llei preval sobre els plecs i, per tant, l'òrgan de contractació actuarà en conseqüència. En aquest sentit, al·lega la resposta donada i publicada en el perfil de contractant relativa que “*sería aceptado y válido con certificación ENAC (Certificado equivalente que tiene por objeto la*

acreditación del nivel de cumplimiento de los estándares de calidad y Seguridad europeos) especificados así en REQUERIMIENTOS TÉCNICOS EXIGIBLES PARA LUMINARIAS CON TECNOLOGIA LED DE ALUMBRADO EXTERIOR (IDAE) o en su defecto certificado equivalente internacional”, ja que la resposta va ser que seria acceptable.

Per tot això, conclou que no existeix vulneració de l'article 117.2 del TRLCSP, tal i com aquest Tribunal es va pronunciar en la Resolució 80/2015.

Exposades les postures d'ambdues parts, cal tenir en compte que la clàusula 4 del PPT estableix:

Clàusula 4. Condicions generals, característiques del material i garantia.

Tots els material i equips a subministrar i instal·lar, compliran la Normativa d'aplicació específica incorporant el marcat CE i , en cas que sigui precís, incorporarà la documentació tècnica necessària (plaques característiques, fitxa, programa de manteniment, etc.).

Les llumeneres disposaran com a mínim d'un dels certificats següents: ENEC i/o AENOR i/o certificat de qualitat IQNet.

(.../...)

Els articles invocats per la part actora, són, per una banda, l'article 44 de la Directiva 2014/24/UE, relatiu als informes de proves, certificacions i altres mitjans de prova, que disposa:

“1. Los poderes adjudicadores podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por un organismo de ese tipo como medio de prueba de la conformidad con los requisitos o los criterios establecidos en las especificaciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato.

Cuando los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados establecidos por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, los certificados de otros organismos de evaluación de la conformidad equivalentes también deberán ser aceptados por los poderes adjudicadores.

A efectos de lo dispuesto en el presente apartado, se entenderá por organismo de evaluación de la conformidad un organismo que desempeña actividades de evaluación de la conformidad, que incluyen la calibración, el ensayo, la certificación y la inspección, acreditado de conformidad con el Reglamento (CE) n o 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (1).

2. Los poderes adjudicadores deberán aceptar otros medios de prueba adecuados que no sean los contemplados en el apartado 1, como un expediente técnico del fabricante, cuando el operador económico de que se trate no tenga acceso a dichos certificados o informes de pruebas ni la posibilidad de obtenerlos en los plazos fijados, siempre que la falta de acceso no pueda atribuirse al operador económico de que se trate y que este demuestre que las obras,

suministros o servicios que proporciona cumplen los requisitos o criterios fijados en las especificaciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato.

3. Los Estados miembros pondrán a disposición de los demás Estados miembros, previa solicitud, toda información relativa a las pruebas y documentos presentados de conformidad con el artículo 42, apartado 6, el artículo 43 y los apartados 1 y 2 del presente artículo. Las autoridades competentes del Estado miembro de establecimiento del operador económico comunicarán esta información con arreglo a lo dispuesto en el artículo 86.”

I, per l'altra, l'article 117.2 del TRLCSP relatiu a les regles de les prescripcions tècniques, que estableix:

“2. 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.”

Consultat l'aclariment publicat en el perfil de contractant inserit en la Plataforma de serveis de contractació pública en data 25 de gener de 2018, consta que la resposta a la consulta sobre la validesa del certificat ENAC –Certificat equivalent que té com a objecte l'acreditació del nivell de compliment dels estàndards de qualitat i seguretat europeus- va ser: *“La certificació esmentada es a la vegada empresa que acredita a certificadores en qualitat i seria acceptable”*. A la vista d'aquest aclariment, si bé està reconeixent la possibilitat de presentar la certificació ENAC, aquest Tribunal considera que, a més de les consideracions efectuades en el fonament jurídic sisè, la redacció de la clàusula controvertida hauria de ser més clara i àmplia i reconèixer expressament la possibilitat de ser acceptats també els certificats d'altres organismes d'avaluació de la conformitat d'equivalents i acceptar altres mitjans de prova adequats en el sentit de l'apartat 2 de l'article 44.2 de la Directiva 2014/24/UE³.

³ En el mateix sentit, l'article 128 de la nova LCSP relatiu als informes de proves, certificació i altres mitjans de prova. *“1. Los órganos de contratación podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por este último, como medio de prueba del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas, o de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato. Cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados emitidos por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, los certificados de otros organismos de evaluación de la conformidad equivalentes también deberán ser aceptados por aquellos. A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá por «organismo de evaluación de la conformidad» aquel que desempeña actividades de calibración, ensayo, certificación e inspección, y que están acreditados de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 765/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo.2. Supletoriamente los órganos de contratación deberán aceptar otros medios de prueba adecuados que no sean los contemplados en el apartado primero, como un informe técnico del fabricante, cuando el empresario de que se trate no tenga acceso a dichos certificados o informes de pruebas ni la posibilidad de obtenerlos en los plazos fijados, siempre que la falta de acceso no sea por causa imputable al mismo y que este sirva para demostrar que las obras, suministros o servicios que proporcionará*

En efecte, l'article 81.2 del TRLCSP preveu que: *“Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los empresarios”*.

Per tant, d'acord amb la legislació aplicable, cal concloure que quan s'exigeixen certificats acreditatius del compliment de les normes de gestió mediambiental, els òrgans de contractació han de reconèixer qualsevol certificat emès per organismes conforme a les normes europees de certificació, acceptant fins i tot altres mitjans de prova adequats en el sentit de l'article 44.2 de la Directiva 2014/24/UE.

En definitiva, l'exigència de certificats de normes de gestió mediambiental que acreditin el compliment de les normes de compliment mediambiental no ha de ser restrictiva, ja que s'estaria limitant el principi de lliure concurrència en la licitació pública (en aquest mateix sentit, la Resolució 30/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla León respecte a l'acreditació del compliment de les normes de garantia de la qualitat article 80, perfectament extrapolable a l'article 81 del TRLCSP, relatiu a l'acreditació del compliment de les normes de gestió mediambiental).

En darrer terme, cal oposar que no entén aquest Tribunal la similitud que fa el consistori amb el supòsit analitzat per aquest Tribunal en la Resolució 80/2015, bé que el recurs es dirigia contra la previsió de l'exigència del compliment de normes de qualitat i de gestió mediambiental vinculades amb l'objecte del contracte, però en aquella ocasió la controvèrsia girava al voltant del fet d'exigir els plecs tant la classificació empresarial com a requisit de solvència i com el compliment de normes de qualitat i de gestió mediambiental vinculades amb l'objecte del contracte, d'acord amb els articles 80 i 81 del TRLCSP (clàusula 10.1 c), pel fet de tractar-se d'un contracte subjecte a regulació harmonitzada.

Per aquests motius, el Tribunal considera que cal estimar l'al·legació de BOQUET en el sentit d'anul·lar aquesta clàusula per tal d'adaptar la redacció a la normativa analitzada de l'article 44 de la Directiva 2014/24/UE per tal de permetre la prestació i acceptació de qualsevol certificat acreditatiu del compliment de les normes de gestió mediambiental emès per

cumplen con las prescripciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato, según el caso”.

organismes conforme a les normes europees de certificació i altres mitjans de proves equivalents.

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

ACORDA

1.- Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor J.M.P.B, en nom i representant de l'empresa ELECTRICITAT BOQUET, SL contra l'acord de la junta de govern local de l'Ajuntament de Sant Boi de Llobregat d'aprovació dels plecs de clàusules administratives i tècniques particulars reguladors del contracte mixt de subministrament i instal·lació de tecnologia led (Exp. N803/U630/2017/000022), de conformitat amb els fonaments jurídics.

2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal en data 7 de febrer de 2018, a l'empara del que disposa l'article 47.4 del TRLCSP.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP.

4.- 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 49 del TRLCSP.

Aprovat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 5 d'abril de 2018.

Vist i plau

Carme Lucena Cayuela
Vocal, en substitució de la secretària

Neus Colet i Arean
Presidenta