



CONSULTA 030/2024. Excepciones del artículo 126.6 de la LCSP sobre referencias en el PPT a marcas determinadas.

CONSULTA

“Desde XX necesitamos licitar el suministro XX para renovar los que se utilizan en la actualidad. (Adjuntamos informe justificativo de la necesidad para la contratación de XX).

La duda que planteamos surge por la necesidad de licitar el suministro de una marca concreta, XX. Esta necesidad está justificada por motivos económicos, ya que el personal que va a operar la mesa está formado y tiene experiencia en los equipos de la marca XX. La posibilidad de adjudicar la adquisición de una marca distinta supondría un coste muy alto (+ de 90.000 euros) adicional al del propio suministro (140.000 euros).

Con esta justificación, ¿podemos licitar una marca específica, o debemos abrir la licitación a otras marcas e indicar en los pliegos debemos “XX o equivalente”.

RESPUESTA

En relación con la consulta planteada, hay que partir el artículo 126.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante: LCSP), que establece lo siguiente:

“1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”.

Por su parte, el apartado 6, del propio artículo 126, señala que:



“6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente»”.

Así pues, la regla general es la no inclusión de referencias a marcas o patentes determinadas, con las excepciones de que, o bien lo justifique el objeto del contrato, o bien *no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente»*. En este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en la Resolución nº 500/2019 (el resaltado es nuestro):

*“Dicha problemática, fue asimismo abordada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe 62/2007, de 26 de mayo, sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos, estableciendo que “Como establecen los citados artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente apartados 1 y 6 del artículo 126 de la LCSP) y permite el último párrafo del artículo 23.8 de la citada Directiva (actualmente apartado 4 del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE), **las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas**, lo que implica que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción (...)”. En definitiva, el objeto de la citada normativa contractual es, por un lado, evitar que queden injustificadamente excluidas algunas entidades licitadoras del procedimiento de adjudicación, y por otro*



lado, que las referencias a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, constituyan una excepción a las normas generales en relación con las prescripciones técnicas, lo que implica que debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción.

En este sentido se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 17/2012, de 18 de enero, 672/2015, de 17 de julio, 620/2016, de 29 de julio, y 851/2018, de 1 de octubre.

*Dicho de otro modo, del citado precepto resulta que **el órgano de contratación está obligado con carácter general a no incluir en las prescripciones técnicas referencias a marcas, patentes o tipos de los objetos del suministro**, siendo imperativo que los defina ya en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, ya por referencia a especificaciones técnicas, o mediante la combinación de ambos métodos, en los términos fijados por el apartado 5 del artículo 126 LCSP.*

Esto no obstante la LCSP permite definir los bienes objeto del suministro mediante marcas, patentes o tipos en dos supuestos especiales, en primer lugar, cuando así lo justifique el objeto del contrato, en segundo, con carácter extraordinario, cuando no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible de los bienes en la forma ordinaria prevista en el artículo 126.5 LCSP, en cuyo caso la referencia a marca, patente o tipo ha de ir acompañada de la mención «o equivalente».

Es por tanto preciso que en el expediente de contratación quede justificada la concurrencia de alguna de aquellas dos reglas especiales que permiten describir los bienes suministrados por referencia a marcas, patentes o tipos y, además, en el caso de que la regla especial se funde en la imposibilidad de descripción precisa e inteligible por los métodos señalados en el artículo 126.5 de la LCSP, se acompañe la referencia a marca, patente o tipo de la concreta expresión “o equivalente”, sin que pueda el órgano de contratación decidir arbitrariamente como define los bienes objeto del contrato”.



Sentado esto, y para el caso que nos ocupa, nos encontramos ante la necesidad de contratar un producto con unas necesidades específicas. Aunque este servicio carece de los conocimientos técnicos necesarios para determinar si, en los productos a satisfacer, se dan o no alguna de excepciones a que se refiere el artículo 126.6 de la LCSP (***cuando así lo justifique el objeto del contrato, en segundo, con carácter extraordinario, cuando no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible de los bienes en la forma ordinaria prevista en el artículo 126.5 LCSP***), del borrador del informe de necesidad remitido por la consultante, no parece desprenderse ninguna motivación concreta que suponga la aplicación de las reglas especiales por las que el citado precepto permite incluir la mención a marcas, patentes o tipos determinados.

Así, será el órgano de contratación quien, atendiendo a las necesidades que pretende satisfacer y a las características técnicas y específicas de los productos a contratar, determine si se dan alguna de estas reglas especiales a fin, en su caso, de indicar una marca concreta, a la que, no obstante, deberá seguir la expresión “o equivalente”.

Como hemos dicho anteriormente, la Resolución nº 500/2019 establece respecto a la excepción de las referencias a marcas comerciales que ***al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción.***

Por otra parte, resulta interesante también, la explicación del TACRC, de ***cuándo se entiende limitada la concurrencia.*** Así, dicho órgano, en su Resolución 172/2022, se pronuncia en los siguientes términos:

“Por lo expuesto, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, el órgano de contratación afirma -y la concurrencia de licitadores a la adjudicación de este lote 1 lo corrobora- que existen en el mercado distintas empresas suministradoras de máquinas de llenado que cumplen con los requisitos exigidos en los Pliegos Técnicos de este expediente, y no son exclusivas de un solo fabricante o distribuidor, lo que nos permite traer a colación la Resolución número 62/2011, de 28 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (y a la que se refiere este Tribunal en su resolución 108/2013, de 14 de marzo) cuando establece lo siguiente (el subrayado es nuestro):



«Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La

Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida. Todos los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados en la presentación pedida, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto, de modo que “la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de contratación o un lote de un procedimiento, en sí mismo, no determina una infracción los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones, igualdad y no discriminación, cuando encuentra su justificación en las necesidades o fines a satisfacer mediante esa prestación. El contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines. A la Administración contratante es a quien corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. La pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él, en este sentido, nos hemos expresado en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 94/2013, de 23 de mayo” (Res TACRC nº 007/2014, de 10 de enero)”».



Si, finalmente, el órgano de contratación entiende que se daría alguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 126.6 de la LCSP, se podrá incluir en el pliego de prescripciones técnicas la referencia a una determinada marca; ahora bien, se recuerda, que tal mención a la marca concreta deberá acompañarse de la expresión “o equivalente”. En cualquier caso, y en consonancia con lo establecido en el artículo 126.1 y 6 de la LCSP, esta excepción, en caso de aplicarse, deberá realizarse de manera proporcionada y justificada, con la suficiente motivación en el expediente de contratación, a fin de evitar la transgresión de los principios de transparencia y no discriminación y de garantizar el acceso a en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación.

Finalmente indicar que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y en ningún caso resulta vinculante.

EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN