



Recurso nº 538/2015 C.A. Castilla-La Mancha 32/2015

Resolución nº 659/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 17 de julio de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación presentado por D. J.M.H.D.A. en representación de ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (AMI), contra los pliegos del "*Contrato mixto de suministro y de servicios para la prestación del servicio integral de iluminación pública exterior e instalaciones deportivas en el Ayuntamiento de Yepes*", convocado por el Ayuntamiento de Yepes, el Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 17 de abril de 2015 el pleno del Ayuntamiento de Yepes aprobó el expediente de contratación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP a partir de ahora) y de prescripciones técnicas que rigen el contrato mixto de suministro y servicios para la prestación del servicio integral de iluminación pública exterior e instalaciones deportivas en el Ayuntamiento de Yepes.

En los PCAP se recoge 4 tipos de prestaciones:

1º.- Gestión energética (denominada P.1) que consiste en la: "*Ejecución de las técnicas de gestión energética y explotación necesarias para el correcto funcionamiento de la instalación objeto del contrato; incluida la gestión del suministro energético demandado por la instalación de alumbrado.*"

Esta prestación incluye los costes de la energía consumida por la instalación objeto de este contrato. El coste de la energía incluye la totalidad del pago por el consumo

energético de la instalación (término de energía, término de potencia, penalizaciones, impuestos, etc.).

Esta prestación supondrá asunción de la titularidad de los contratos de suministro eléctrico por parte del Adjudicatario, a partir del quinto mes desde la firma del contrato, una vez se estima estén implantadas las medidas de ahorro energético.”

2º.- Mantenimiento (denominada P2) relativa a: *“Ejecución de las tareas de mantenimiento preventivo y correctivo para lograr el perfecto funcionamiento y rendimiento de la instalación, incluida la limpieza periódica de la misma, todo ello de acuerdo con las prescripciones del PCT.”*

3º.- Garantía total (denominada P3) referente a la: *“Reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados en la instalación bajo la modalidad de Garantía Total, durante la duración del contrato...”*

4º.- Obras de mejora y renovación de las instalaciones de alumbrado que supone la: *“Realización y financiación de obras de mejora y renovación de las instalaciones del alumbrado exterior e instalaciones deportivas que se especifican en el PCT.”*

El presupuesto máximo anual del contrato asciende a la cantidad de ciento ochenta y dos mil cuatrocientos quince euros (182.415,00 euros), sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), según el detalle siguiente:

El desglose del presupuesto sin I.V.A es el siguiente:

Prestación P1 110.297,00 €

Prestación P2 60.000,00 €

Prestación P3 12.118,00 €

El contrato se divide en dos fases, una primera hasta que se produzca el cambio de titular en los contratos de suministro, con una duración de 4 meses, y una segunda, con una duración de 12 años.

Segundo. El Ayuntamiento de Yepes convocó la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea el 29 de abril de 2015, en el Boletín Oficial del Estado el 9 de mayo de 2015, y por último en el Boletín Oficial de la Provincia de Toledo el 13 de mayo de 2015.

Tercero. El 27 de mayo de 2015 tuvo entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Yepes escrito de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (AMI) interponiendo recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas.

La asociación recurrente alega que es de todo punto improcedente requerir clasificación al contratista, y adicionalmente la acreditación de la solvencia y ello porque, tal y como reza el tenor literal de los artículos 62.1 y 64.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), han de tratarse de exigencias alternativas, en modo alguno acumulativas como se prevé en las Cláusulas 10.1 y 3 de los Pliegos.

Termina solicitando la recurrente que se modifiquen los pliegos “...en el sentido de *requerir la acreditación de la solvencia, a través de la presentación del documento que acredite la tenencia de la Clasificación exigida (Grupo P, Subgrupo 1, Categoría C)*” Grupo”, suprimiendo por tanto la Cláusula 10.3 del PCAP.

Cuarto. El órgano de contratación remite el expediente y acompaña informe de la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento en el que tras transcribir los preceptos del TRLCSP relativos al recurso especial concluye “*Se advierte que el recurso podría ser extemporáneo; toda vez que según el art.44.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,... Los pliegos han sido puestos a disposición licitadores o candidatos para su conocimiento en el perfil del contratante con fecha 27 de abril de 2015 y con fecha 25 de mayo de 2015 (nº 778 del registro de entrada de fecha 26 de mayo de 2015) se anuncia la interposición del recurso especial en materia de contratación que se presenta mediante escrito de fecha 25 de mayo de 2015 (nº 784 del registro de entrada de fecha 27 de mayo de 2015).*”

Es cuanto procede informar,...”

Quinto. El 15 de junio de 2015 la Secretaria del Tribunal por delegación resuelve acordar la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha el 15 de octubre de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 2 de noviembre de 2012 por Resolución de la Subsecretaría de 22 de octubre de 2012.

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP a cuyo tenor *"Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso"*.

En este caso, la recurrente es una asociación representativa de los empresarios de mantenimiento integral y servicios energéticos que como ha declarado este Tribunal en otros recursos interpuestos por la misma asociación se encuentra legitimada al asumir la representación, gestión y defensa de los intereses económicos y profesionales de sus miembros.

Como ya hemos puesto de manifiesto en otras resoluciones de este Tribunal (por todas la número 29/2011) *"parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos"*.

En tal sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente (STS de 20 mayo 2008), donde hay una relación unívoca y concreta de la asociación

recurrente con el objeto del recurso. Debe, por todo ello, concluirse que la recurrente está legitimada para plantear su pretensión de reforma de los pliegos.

Tercero. Es objeto de recurso los pliegos que establecen las condiciones de un contrato mixto de suministro y servicios en el que la prestación más importante es la primera de ellas (artículo 12 del TRLCSP). De conformidad con el artículo 40.1.a) del TRLCSP cabe recurso especial para aquellos contratos de suministros sujetos a regulación armonizada. Aunque en los Pliegos no se especifica el presupuesto base de licitación se fija una cantidad anual de 182.000 euros, excluido IVA, si bien la duración del contrato es de 12 años superando por tanto el umbral de 207.000 euros previsto en el artículo 15.1 b) del TRLCSP.

Cuarto. En cuanto al plazo de interposición del recurso dado que el informe que se acompaña al expediente por el órgano de contratación advierte que el recurso es extemporáneo (los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el perfil del contratante el 27 de abril de 2015 y el 27 de mayo de 2015 se interpone ante el Ayuntamiento el recurso), significar que respecto a la fecha de inicio del cómputo del plazo para recurrir contra los pliegos, cuando el acceso a ellos se ha facilitado por medios electrónicos, en diversas resoluciones de este Tribunal, -desde la nº 534/2013 de 22 de noviembre que se toma como referencia- se ha asumido el criterio manifestado por la Audiencia Nacional (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo; sentencia de 30 de octubre de 2013), con arreglo al cual el momento inicial en el cómputo del plazo es el de publicación de los anuncios de licitación, pues desde esa fecha pudo el interesado recoger los pliegos en el lugar indicado en los anuncios.

En el presente caso los anuncios de licitación indicaban que los pliegos se podían obtener en las dependencias de la Secretaría-Intervención del Ayuntamiento hasta el 15 de junio de 2015 facilitando también la dirección del perfil del contratante www.yepes.es, en donde se pusieron a disposición los pliegos a favor de los licitadores según el informe desde el 27 de abril.

Pues bien, computando como inicio del plazo la publicación del último anuncio (Boletín Oficial de la Provincia de Toledo el 13 de mayo de 2015), no ha transcurrido desde el día

siguiente a esta publicación hasta el 27 de mayo de 2015 (fecha de interposición) más de 15 días hábiles, razón por el cual el recurso se ha presentado dentro de plazo.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto el recurso especial interpuesto por la asociación recurrente se limita a plantear como un único motivo de impugnación la improcedencia de requerir clasificación al licitador y, además, es decir cumulativamente, la solvencia económica técnica o profesional por los medios previstos en el artículo 77 del TRLCSP. La recurrente sostiene que las Cláusula 10.1 y 3 de los Pliegos obligan a los licitadores una doble acreditación de solvencia a través de la clasificación prevista en el apartado 1º de la Cláusula 10, y la solvencia por los medios que especifican en el apartado 3º de la Cláusula 10.

En su recurso la asociación argumenta que *"...el artículo 62.1 del TRLCSP dispone que "Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley". "Por tanto...", continúa diciendo la recurrente, "...en aquellos contratos en los que se acredite la clasificación, ésta justifica la solvencia sin que sea precisa la presentación de otros documentos. La clasificación es el único modo de acreditar la solvencia en aquellos contratos en los que por su naturaleza e importe la misma es exigible.", y termina su escrito solicitando la modificación de los pliegos "...en el sentido de requerir la acreditación de la solvencia, a través de la presentación del documento que acredite la tenencia de la Clasificación exigida (Grupo P, Subgrupo 1, Categoría C)".*

En el informe que acompaña el órgano de contratación al expediente nada se opone a lo alegado por la recurrente.

Analizados los pliegos se observa que efectivamente el Apartado 10.1 (*"Clasificación del contratista"*) se exige a los licitadores disponer de la clasificación como empresas de servicios, en el Grupo P, Subgrupo 1, Categoría C, mientras que, a su vez, el apartado 3º de la Cláusula 10 (*"Solvencia Técnica y Profesional"*) señala que: *"Los licitadores*

deberán justificar la solvencia técnica demostrando que cuentan con los conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad suficiente para desarrollar el objeto del contrato.

Relación del personal técnico, integrado o no en la empresa, del que se dispondrá para la ejecución del contrato. Los licitadores presentarán un organigrama con la organización propuesta para la ejecución del contrato que incluirá, al menos, los curriculums vitae, titulación y experiencia de las principales posiciones del organigrama. Se considerarán como tales al Director Técnico del Proyecto, Jefe de Obra, Responsable de Instalaciones, y Responsable de Seguridad y Salud.

El Director Técnico deberá contar con una titulación de Ingeniero, Graduado o Ingeniero Técnico, con una experiencia acreditable de, al menos, 3 años en proyectos similares relativos a la instalación o mantenimiento de instalaciones de eficiencia energética. Además deberá poseer el título de certificador energético CEM expedido por el AEE y poseer el título de certificador IPMVP.

Relación de medios materiales y auxiliares de que el licitador disponga y ponga a disposición del proyecto. (...)".

Dispone el artículo 62.1 del TRLCSP que: *"Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley".*

Este Tribunal comparte el razonamiento de la Asociación recurrente cuando sostiene que no procede exigir una determinada clasificación al licitador, y además, es decir cumulativamente, la solvencia por otros medios, pues se tratan de exigencias alternativas, siendo exclusivamente necesaria la clasificación, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 62.1 del TRLCSP, *"...cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley"*.

Al establecerse por los Pliegos la doble exigencia de acreditar la solvencia mediante clasificación así como por los medios que especifica en la Cláusula 10.3 se vulnera los

principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, así como de la salvaguarda de la libre competencia (artículo 1 del TRLCSP), razón por la cual el recurso debe estimarse en este aspecto.

Sexto. No obstante lo anterior, para que resultase exigible la clasificación en vez de la acreditación de la solvencia por alguno de los medios del artículo 77 TRLCSP, previsión ésta última que rechaza la Asociación en su recurso, resultaría preciso que, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del apartado 1º del artículo 62.1 TRLCSP, la clasificación fuese “...exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley”.

Aunque la Asociación entiende que en el presente caso es exigible la clasificación no específica el precepto en el cual basa esa afirmación, motivo suficiente para desestimar el recurso en este aspecto dado el vacío argumental. No obstante lo anterior procede analizar si resulta exigible o no la clasificación.

Para ello debe estarse a lo dispuesto en el artículo 65 del TRLCSP sobre exigencia de clasificación que tras lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta del TRLCSP en la redacción vigente desde el 17 enero 2014 (modificación llevada a cabo por la Disposición Final 3.8 de Ley 25/2013, de 27 de diciembre) reconduce la cuestión a la aplicación del artículo 25.1 TRLCAP pues la referida Disposición Transitoria Cuarta establece: “ *El apartado 1 del artículo 65, en cuanto delimita el ámbito de aplicación y de exigibilidad de la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán los contratos de obras y los contratos de servicios, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas... No obstante lo anterior, no será exigible la clasificación en los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros ni en los contratos de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 200.000 euros.*”

El párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del TRLCAP declaraba la exigencia de clasificación en contratos de obras y de servicios de determinados importes, exceptuando de dicha exigencia a los contratos de las categorías 6, 21 y 26 del artículo 206 (contratos

de servicios financieros, jurídicos, de esparcimiento, culturales y deportivos), y los que tuvieran por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, pero no exigiendo la clasificación en los contratos de suministros.

No puede olvidarse que, como ya indicó este Tribunal en su resolución número 285/2015 de fecha 30 de marzo de 2015: *“... A mayor abundamiento la no exigencia de clasificación es conforme con una interpretación teleológica de las normas pues “el requisito de la clasificación se configura, para los supuestos en que está establecida, como una capacidad especial o un plus de capacidad, cuya falta determina la sanción más grave que conoce el ordenamiento jurídico administrativo para los actos que adolecen de vicios, es decir, la nulidad absoluta o de pleno derecho” (Informe 23/96, de 5 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). De igual modo, y como se acaba de ver, la intención del legislador es recortar cada vez el requisito de la clasificación de los contratos en la medida en que una exigencia de este tipo puede suponer una restricción excesiva a la hora de poder participar en los procesos de licitación y todo ello sin perjuicio, claro está, de que los licitadores puedan aportarla voluntariamente como medio de acreditar su solvencia.*

Lo anterior determina que no siendo exigible la clasificación en los contratos de suministro no pueda estimarse en este aspecto lo solicitado por la recurrente debiendo mantenerse la Cláusula 10.3 en cuanto fija los medios, de entre los previstos en el artículo 77 TRLCSP (en su redacción anterior a la Ley 25/2013 del TRLCSP), que el órgano de contratación ha seleccionado para considerar acreditada dicha solvencia, medios que no han sido impugnados ni criticados por la recurrente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso presentado por D. J.M.H.D.A. en representación de ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (AMI), contra los pliegos del *"Contrato mixto de suministro y*

de servicios para la prestación del servicio integral de iluminación pública exterior e instalaciones deportivas en el Ayuntamiento de Yepes", anulando la Cláusula 10.1 de los Pliegos en cuanto exige la clasificación a los licitadores.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, previamente acordada.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 de TRLCSP de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.