



Recurso nº 386/2016 C.A. Cantabria 17/2016

Resolución nº 465/2016

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

En Madrid, a 17 de junio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.T.H., en representación de la Asociación de Instaladores Eléctricos y de Telecomunicaciones de Cantabria (ASIECAN), contra el anuncio de licitación y los pliegos del procedimiento abierto para la adjudicación del “*Contrato de servicios energéticos y el mantenimiento integral de las instalaciones eléctricas de alumbrado público, edificios y dependencias*” convocado por el Ayuntamiento de Medio Cudeyo (expediente 2/2016), con presupuesto base de licitación de 4.601.025,00 € (IVA excluido); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante Providencia de la Alcaldía de 20 de julio de 2015 se aprobó la iniciación del expediente de contratación, por procedimiento abierto, del contrato mixto de suministros y servicios energéticos y el mantenimiento integral de las instalaciones eléctricas de alumbrado público, edificios y dependencias municipales del Ayuntamiento de Medio Cudeyo. En la referida resolución se estimó que el importe anual del contrato ascendería a 365.000 € (IVA excluido) y con un valor estimado de 5.475.000 € (IVA excluido), teniendo en cuenta las posibles prórrogas del mismo.

Segundo. El 14 de abril de 2016 el Pleno del Ayuntamiento acordó la aprobación del expediente y de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han de regir la contratación de servicios energéticos y mantenimiento integral de las instalaciones eléctricas de alumbrado público, edificios y dependencias municipales, calificando el contrato como mixto, de servicios y de suministros, pero precisando que la prestación del suministro es superior a la de los servicios, por lo que el presente contrato se regirá por las reglas propias del contrato de suministros.



Tercero. La licitación para el procedimiento abierto fue enviada para anuncio en el DOUE el día 15 de abril de 2016 y fue publicado en el Boletín Oficial de Cantabria el 4 de mayo de 2016 y en el BOE nº 112 de 9 de mayo de 2016. En los referidos anuncios se especifica que se trata de un contrato mixto de suministros y servicios, con un presupuesto base de licitación de 4.601.025,00 €, una duración de quince años con prórroga de doce meses y la fecha límite para la presentación de las proposiciones hasta el 6 de junio del presente año.

Cuarto. El procedimiento de contratación siguió los trámites que, para los contratos de suministros sujetos a regulación armonizada, contiene el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), y en las normas de desarrollo de la Ley.

Quinto. El 13 de mayo de 2016, la Asociación de Instaladores Eléctricos y de Telecomunicaciones de Cantabria (ASIECAN) formaliza ante este Tribunal el recurso especial en materia de contratación y, sin solicitar la suspensión del procedimiento, suplica que se declare la anulación del anuncio de licitación, así como los pliegos y documentos contractuales por los que se ha de regir la contratación referida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP, con el artículo 22.1.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y con el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Cantabria, publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 13 de diciembre de 2012.

Segundo. La recurrente, ASIECAN, está legitimada al tratarse de un asociación empresarial de empresas de instaladores eléctricos y de telecomunicaciones de Cantabria, dado que las licitaciones cuyos pliegos impugna se refieren a servicios de eléctricos y, tal como hemos puesto de manifiesto en otras Resoluciones (como en la nº 458/2014), la observancia estricta de la disciplina rectora de la contratación *“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”, doctrina que se hacía descansar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional que, precisando el concepto de interés legítimo, ha explicitado que abarca casos en que *“hay una relación unívoca y concreta de la asociación recurrente con el objeto del recurso”*, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

En el mismo sentido cabe citar el artículo 24.1 del reciente Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que, convirtiendo en Derecho positivo la doctrina antes expuesta, expresamente considera legitimadas a las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.

Tercero. Se recurre el anuncio y los pliegos de un contrato mixto de suministros y servicios sujeto a regulación armonizada, susceptible, por tanto, de recurso especial, de conformidad con el artículo 40.1 a) y 40.2 a) del TRLCSP, y se han cumplido todas las prescripciones formales establecidas en el artículo 44 del TRLCSP y en el RPERMC.

Por lo que respecta al plazo de presentación del recurso, se ha formalizado dentro de los quince días concedidos legalmente por el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto. La representación de la asociación recurrente, ASIECAN, basa su recurso en la impugnación directa de la cláusula 10ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) rector del contrato de servicios energéticos y el mantenimiento integral de las instalaciones eléctricas de alumbrado público, edificios y dependencias municipales pertenecientes al Ayuntamiento de Medio Cudeyo, en lo referente a la acreditación de la solvencias económica, financiera y técnica y criterios de selección, pues considera que tales requisitos son excluyentes *“... es decir, que quien no lo cumpla, no puede ni siquiera presentarse, al establecerse estos criterios se producen efectos discriminatorios, ya que se*



está impidiendo la posibilidad de que las empresas 100% cántabras puedan licitar, sin perjuicio de que cualquiera de ellas, puede ir en UTE con alguna de las grandes empresas nacionales, que son las únicas que van a poder concursar”.

Estima que, en relación con la acreditación de al menos tres contratos de servicios energéticos en alumbrado exterior, es imposible dar cuenta de los mismos, pues relaciona que actualmente en Cantabria en los tres últimos años han salido a la licitación por modalidad de servicios energéticos únicamente cuatro procedimientos, dos de ellos aún sin resolver.

En virtud de toda la argumentación expuesta, solicita al Tribunal que anule la convocatoria y los pliegos rectores del procedimiento.

Quinto. En contra de lo expuesto, el órgano de contratación, en el informe evacuado el 19 de mayo de 2016 suscrito por el Sr. Secretario de la Corporación Municipal, defiende la legalidad de la cláusula 10ª del PCAP, considerando que tanto la solvencia económica como la técnica guardan relación directa con el objeto del contrato, con un coste estimado que asciende a 4.601.025,00 € (IVA excluido) y con una duración de la relación contractual de quince años más uno más de prórroga, sin que puedan reputarse criterios discriminatorios.

Además, expone que *“El hecho circunstancial de que en una Comunidad Autónoma uniprovincial como Cantabria no se hayan adjudicado contratos análogos en los últimos tres años, aparte de ser una mera manifestación unilateral del recurrente que no resulta suficientemente acreditada, aunque así fuera, ello no impide que empresas 100% cántabras hayan podido concurrir a las múltiples licitaciones análogas producidas en otras Comunidades Autónomas o en cualquier otra parte del territorio de la Unión Europea, y puedan perfectamente acreditar la solvencia requerida, o incluso como el propio recurrente indica, se constituyan en Unión Temporal con otras empresas para poder acreditar la solvencia técnica y financiera exigidas en los Pliegos, no considerando por tanto que se produzcan los efectos discriminatorios alegados por el recurrente”.*

Además, el informe del órgano de contratación para avalar la legalidad de la cláusula 10ª del PCAP, al amparo de las prescripciones exigidas por el artículo 62 del TRLCSP, expresa



la dificultad técnica del contrato que se licita y así literalmente refiere que *“Por otra parte, se considera que la dificultad técnica del objeto de este contrato fundamenta la exigencia de niveles de solvencia técnica, de eficacia profesional y de capacidad financiera como los requeridos, puesto que se trata de la gestión energética y explotación necesaria para el funcionamiento correcto de las instalaciones eléctricas municipales de alumbrado público, control de calidad, cantidad y uso, y garantías de aprovisionamiento, se trata del mantenimiento preventivo para el perfecto funcionamiento y limpieza así como para lograr la permanencia en el tiempo del rendimiento de las instalaciones y de todos sus componentes al valor inicial, y se trata de la reparación mediante sustitución de todos los elementos deteriorados en las instalaciones existentes, así como la realización y financiación de obras de mejora y renovación de instalaciones, durante quince años y todo ello para mejor cumplimiento de lo que prescribe el Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre, mediante el que se aprobó el Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior mediante la regulación de niveles máximos de iluminación de los espacios en función de la actividad que se realiza en ellos, de la incidencia de la iluminación hacia otros espacios y por la exigencia de un nivel mínimo de eficiencia energética para los puntos de luz”*.

Por todo ello, el órgano de contratación considera que las empresas han de acreditar una experiencia contractual análoga a las prestaciones objeto del contrato, sin que las solvencias exigidas puedan reputarse ni desproporcionadas ni discriminatorias para las empresas del sector, con independencia de su domicilio social; por lo que solicita la desestimación del recurso interpuesto por ASIECAN y la confirmación de la legalidad del anuncio y de los pliegos impugnados.

Sexto. Expuestas así las posiciones de las partes, hemos de comenzar analizando las exigencias que, sobre las solvencias y formas de acreditación, han establecido los Pliegos rectores del procedimiento de contratación.

Recordemos el valor vinculante de los Pliegos, auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica no sólo para la Administración convocante sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, con especial intensidad en las empresas licitadoras concurrentes.



Siguiendo el criterio fijado ya por este Tribunal, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha precisado que el PCAP es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (Resolución 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012).

En efecto, abundando en dicha afirmación, hemos de traer a colación la Resolución 253/2011, - citada en otras más recientes, *ad exemplum*, Resoluciones nº 390/2015, de 24 de abril y nº 1124/2015, de 4 de diciembre. *“a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo <<pacta sunt servanda>> con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982).*

Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.

En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas”.



Este Tribunal ha matizado, bajo el principio de legalidad que ha de impregnar todas las actuaciones administrativas por imperativo constitucional (artículo 103 CE), el carácter preceptivo no sólo predicable de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares sino también de los de Prescripciones Técnicas (Resolución nº 365/2016, de 13 de mayo).

En este sentido, hemos de citar lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, que establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el Pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna.

Pues bien, a los pliegos hemos de acudir y, en esencia, a la cláusula impugnada por la asociación recurrente para analizar la legalidad de los criterios de solvencia exigidos como requisitos para contratar.

Dada la relación directa que ha de existir entre el objeto del contrato y las solvencias requeridas, hemos de traer a colación el tenor literal de dos cláusulas del PCAP. A saber:

Cláusula 1ª Objeto del contrato.

Es objeto del presente Pliego de Condiciones la regulación de las condiciones que regirán la contratación de servicios energéticos y el mantenimiento integral de las instalaciones eléctricas de alumbrado público, edificios y dependencias municipales pertenecientes al Ayuntamiento de Medio Cudeyo.

El presente contrato tiene naturaleza administrativa, y sin perjuicio de que quede definido el régimen jurídico en el presente PCAP, rige la regulación aplicable al contrato administrativo mixto de suministro y servicios, observándose para su adjudicación las determinaciones relativas al contrato de suministros, al tener esta prestación más importancia desde el punto de vista económico, tal y como establece el artículo 12 del TRLCSP.

Los servicios a contratar tienen como finalidad realizar las siguientes prestaciones:

- **Prestación P1. Gestión energética:** *Gestión energética y explotación, necesaria para el funcionamiento correcto de las instalaciones eléctricas objeto del contrato; gestión del*



suministro energético eléctrico de las instalaciones de alumbrado público, control de calidad, cantidad y uso y garantías de aprovisionamiento. Bajo este apartado se deberá garantizar un control total sobre las instalaciones de alumbrado público a través de un sistema de tele-gestión por cada uno de los centros o cuadros de mando, accesible de forma remota por el Ayuntamiento, que permita ver los consumos diarios por cuadro de mando y detectar anomalías de funcionamiento de los mismos. Todos los puntos de luz existentes en el T.M. de Medio Cudeyo estarán operativos todos los días del año durante las horas de encendido establecidas en los Pliegos.

La prestación incluye los costes de la energía consumida por las instalaciones eléctricas municipales, a excepción de los edificios y dependencias municipales.

- **Prestación P2. Mantenimiento:** *Mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y limpieza de las instalaciones de alumbrado público, con todos sus componentes, así como lograr la permanencia en el tiempo del rendimiento de las instalaciones y de todos sus componentes al valor inicial, con arreglo al Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares. La ejecución de los trabajos denominados especiales, entendidos como aquellas prestaciones no comprendidas en la gestión del servicio de conservación integral, con arreglo al Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.*

El mantenimiento preventivo eléctrico se proveerá no sólo a las instalaciones de alumbrado público, sino también a todos los edificios y dependencias municipales.

- **Prestación P3. Garantía total:** *reparación mediante sustitución de todos los elementos deteriorados en las instalaciones existentes según se regula en este Pliego bajo la modalidad de garantía total.*

Esta prestación hace referencia exclusivamente a las instalaciones de alumbrado público definidas en el presente pliego.

- **Prestación P4. Obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía:** *realización y financiación de obras de mejora y renovación de las instalaciones de alumbrado público del término municipal de Medio Cudeyo. Estas obras*



de mejora y renovación serán ejecutadas en base a los preceptos del Reglamento de eficiencia energética aprobado por Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre, de acuerdo con el estudio de eficiencia energética del Anexo V y con el plan de actuación presentado por el licitador y serán financiadas por el adjudicatario a su riesgo y ventura mediante los ahorros obtenidos durante la duración del contrato. Los suministros ofrecidos por el adjudicatario en su oferta tendrán carácter obligatorio”.

Cláusula 10ª. Acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica. Criterios de selección.

10.1. Acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 11 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la selección de los candidatos para acceder a la adjudicación del contrato, se realizará atendiendo a lo descrito en los artículos 74 y siguientes del TRLCSP.

En concreto se tendrán en cuenta los siguientes:

- *Acreditación de la **solvencia económica y financiera** que deberá acreditarse por uno de los siguientes medios, de acuerdo con el artículo 75 del TRLCSP:*
 - a) *Informe de instituciones financieras de acuerdo con el modelo Anexo II que figura en el presente pliego.*
 - b) *Justificante de existencia de un seguro de indemnización para riesgos profesionales no inferior a la anualidad media del contrato.*
 - c) *Declaración según modelo del Anexo IV sobre el volumen global de negocios referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de referencias de dicho volumen de negocios.*

La solvencia económica referida se justifica en la necesidad de que el adjudicatario disponga de la capacidad financiera necesaria para acometer con garantías elevadas



las inversiones contratadas y para responder del coste de suministro de energía eléctrica en tanto no es abonada por el Ayuntamiento.

- **Acreditación de la *solvencia técnica o profesional***, mediante la presentación de la siguiente documentación, demostrando, de esta manera, que cuenta con los conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad suficiente para desarrollar el objeto del contrato:

- a) Los licitadores deberán aportar los documentos que acrediten su condición de *Empresa Registrada como empresa instaladora de instalaciones eléctricas de baja tensión*.
- b) *Contar con experiencia de gestión de contratos de servicios energéticos de similares características (estas características son, concretamente, la relación de prestaciones P1 a P4 reflejadas en el art. 1 del presente pliego y se tomarán como indivisibles, es decir, se presentarán por los licitadores justificación de las mismas de manera conjunta en cada contrato). Se acreditará mediante certificaciones expedidas por clientes con los cuales tengan suscritos dichos contratos. No se admitirán contratos que no estén debidamente acreditados.*

Para acreditar dicha solvencia deberán presentar una relación de los principales servicios energéticos de alumbrado exterior de similar naturaleza al objeto de la presente licitación, ejecutados en los últimos tres años que incluya importe, fechas, objeto del contrato y cliente, con el siguiente criterio de aceptación:

- *Al menos 3 contratos de servicios energéticos de alumbrado exterior de características similares al objeto del presente contrato.*
- *De forma individual, se establece que el importe global sea al menos de una vez el importe del presupuesto base del contrato.*
- *Unos ingresos anuales superiores a 400.000 €/año, pudiéndose adicionar sólo la suma de dos contratos de entre todos los aportados.*
- *En su conjunto, la suma de puntos de luz deberá alcanzar la cantidad de cuatro mil puntos de luz.*



- *Cada uno de los contratos anteriores deberá acreditar la ejecución de obras y suministros de mejora de la eficiencia energética en las instalaciones de alumbrado exterior, deberá contemplar que se realiza la gestión energética de las instalaciones de alumbrado (pago de facturas, gestión de suministros, etc.).*

Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste en donde se haga constar fechas, importes, lugar en donde se desarrollan los servicios.

- c) *Poner bajo la Dirección de ejecución del proyecto a un Ingeniero/a Superior o Ingeniero/a Técnico con experiencia en la ejecución de proyectos similares.*
- d) *Presentar el licitador certificado sellado por el Ayuntamiento de haber cursado visita a las instalaciones objeto de la presente licitación.*

La solvencia técnica y profesional requerida se justifica en la moderada complejidad del contrato y en su duración, en la necesidad de que el adjudicatario disponga de acreditada experiencia en contratos de cuantía y complejidad similar y de que en su estructura estén integrados profesionales con los conocimientos suficientes para acometer las operaciones de modernización, funcionamiento y mantenimiento que el contrato requiere. De conformidad con el artículo 62 del TRLCSP estos requisitos están vinculados al objeto del contrato y son proporcionales al mismo”.

Centrada así la literalidad de las exigencias descritas en el pliego, hemos de proceder al análisis de la legalidad de los criterios de solvencia, impugnados por la asociación recurrente y defendidos de contrario en el informe elevado a este Tribunal por el órgano de contratación.

Séptimo. Esta cuestión litigiosa, la proporcionalidad de los requisitos de solvencia y la interdicción de la arbitrariedad, ha sido planteada en numerosas ocasiones ante este



Tribunal, pudiendo destacar la Resolución nº 654/2015, de 10 de julio, así como la más reciente Resolución nº 148/2016 de 19 de febrero.

En esta última se cita el criterio seguido por este Tribunal sobre la citada cuestión: *"siguiendo un consolidado criterio de este Tribunal (por todas, Resoluciones 150/2013, de 18 de abril, 488/2014, de 27 de junio, 667/2014, de 12 de septiembre o 654/2015, de 10 de julio de 2015, alegada por las partes) hemos de remitirnos a lo dispuesto en el artículo 62 del TRLCSP, con arreglo al cual:*

"1. 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.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo".

*La solvencia que se exige a los licitadores para poder aspirar a hacerse cargo del servicio que se contrata pretende garantizar que el adjudicatario dispone de los medios y cualificación adecuados para llevarlo a buen fin, respetando al mismo tiempo el principio de concurrencia y no discriminación; de ahí que la norma exija que los requisitos que se establezcan en cada caso para acreditar dicha solvencia y la documentación requerida para tal acreditación deban estar vinculados al **objeto del contrato y ser proporcionales al mismo**. En este sentido, el artículo 74 del TRLCSP señala en su apartado primero que:*

"1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79."

Corresponde al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia. En este sentido, la Junta Consultiva de



Contratación Administrativa (Informe 36/07, de 5 de julio de 2007), en interpretación de tales preceptos de conformidad con la jurisprudencia comunitaria, señala que los criterios de solvencia “han de cumplir cinco condiciones:

- *que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato,*
- *que sean criterios determinados,*
- *que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato,*
- *que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate*
- *y que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio”.*

En esta Resolución nº 148/2016 de 19 de febrero se abordó también la regulación que se contiene en la normativa comunitaria europea del requisito de la solvencia económica y financiera que igualmente conviene traer ahora a colación, ya que aunque no sea directamente aplicable, tiene un indudable valor interpretativo.

“.....en la Directiva 2014/24/UE, cuyo artículo 58.3 dispone que:

“3. Con respecto a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos que garanticen que los operadores económicos poseen la capacidad económica y financiera necesaria para ejecutar el contrato. Con este fin, los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan determinado volumen de negocios anual mínimo, y, en concreto, determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato. Además, podrán exigir que los operadores económicos faciliten información sobre sus cuentas anuales que muestre la ratio, por ejemplo, entre activo y pasivo. También podrán exigir un nivel adecuado de seguro de indemnización por riesgos profesionales. El volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos no excederá del doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El poder



adjudicador indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 84”

Y el Considerando 83 de la citada Directiva señala que: *“La imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las PYME en la contratación pública. Los requisitos deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. En particular, los poderes adjudicadores no deben estar autorizados a exigir a los operadores económicos un volumen de negocios mínimo que no sea proporcional al objeto del contrato. El requisito normalmente **no debe exceder como máximo el doble del valor estimado del contrato**. No obstante, pueden aplicarse exigencias más estrictas en circunstancias debidamente justificadas, que pueden referirse al elevado riesgo vinculado a la ejecución del contrato o al carácter crítico de su ejecución correcta y a tiempo, por ejemplo porque constituye un elemento preliminar necesario para la ejecución de otros contratos.*

En esos casos debidamente justificados, los poderes adjudicadores deben gozar de libertad para decidir autónomamente si sería conveniente y pertinente establecer un requisito de volumen de negocio mínimo más elevado, sin estar sometidos a supervisión administrativa o judicial. Cuando se apliquen requisitos de volumen de negocio mínimo más elevado, los poderes adjudicadores deben gozar de libertad para fijar el nivel mientras esté relacionado y sea proporcional al objeto del contrato. Cuando el poder adjudicador decida que el requisito de volumen de negocio mínimo se establezca en un nivel superior al doble del valor estimado del contrato, el informe específico o la documentación de la licitación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.”

De lo expuesto se desprende que la nueva Directiva (como la anterior, la Directiva 2004/18/CE) permite a los poderes adjudicadores establecer requisitos de solvencia económica y financiera que garanticen que los licitadores poseen la capacidad necesaria para ejecutar el contrato; que tales requisitos pueden referirse a un determinado volumen de negocios anual mínimo; que, con carácter general, y conforme a la nueva Directiva, ese volumen anual mínimo exigido no ha de exceder del doble del valor estimado del contrato.



Desde la legalidad vigente y desde esta doctrina, hemos de analizar las solvencias expresadas en la cláusula 10ª del PCAP.

A) Solvencia económica y financiera.

En este sentido, la solvencia económica exigida en la cláusula 10ª del PCAP se aprecia proporcionada y acorde a dichas exigencias, pues se exige la declaración de un volumen global de negocios referido como máximo a los tres últimos años, sin concretar un importe determinado, si bien lleva posteriormente a la solvencia técnica la acreditación de unos ingresos anuales superiores a 400.000 €, pudiéndose adicionar sólo la suma de dos contratos de entre los apartados, siendo este elemento más propio de la económica financiera y no de la técnica.

Además de dicha confusión, este Tribunal, en lo referente a la solvencia económica, observa que el órgano de contratación no ha contemplado con exactitud las nuevas formas de acreditación introducidas por el artículo 12 del Real Decreto Ley 10/2015, de 11 de septiembre, ya que han desaparecido las referencias a los informes de las instituciones financieras y se ha concretado el concepto de volumen anual de negocios con el siguiente tenor, del artículo 75.1, a):

“Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato, o en su defecto, al establecido reglamentariamente”.

Bajo este nuevo tenor, en consideración a la reforma del artículo 75 del TRLCSP y ante la confusión que introduce el órgano de contratación, pues lleva a la solvencia técnica un modo de acreditación propio de la solvencia económica *“Ingresos anuales superiores a 400.000 € (...)”*, son motivos para ya estimar el recurso especial planteado.

B) Solvencia técnica o profesional.

Pasando ahora a la solvencia técnica o profesional, hallándonos ante un contrato mixto de suministros y servicios cuyas prestaciones predominantes son las del suministro (artículo 12



del TRLCSP), hemos de estar a los medios de acreditación previstos en el artículo 77 del TRLCSP, en la redacción dada por el número cuatro de la Disposición Final Tercera de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público.

En la relación de medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional, la cláusula 10ª del PCAP impugnada cita de forma cumulativa cuatro documentos:

a) La acreditación de su condición de empresa registrada como empresa instaladora de instalaciones eléctricas de baja tensión. Este requisito se trata más bien de una habilitación empresarial para poder participar en la licitación y no propiamente un presupuesto de solvencia. Así se infiere del artículo 74.2º del TRLCSP, esto es, dentro de las condiciones de aptitud: *“Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”*.

A la vista de ello, el órgano de contratación en la redacción de los pliegos, ha de diferenciar el concepto de habilitación empresarial o profesional de otros similares como el de solvencia. Esta cuestión fue resuelta por el Informe 1/2009, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que se dijo: *“La habilitación empresarial o profesional (...) hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. [...] En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 [hoy 54.2 del TRLCSP] citado es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal”*. De dicho informe, cuyo contenido ya hizo suyo este Tribunal en su Resolución 1172/2015, se desprende que, al amparo del requerimiento de habilitación empresarial o profesional, únicamente pueden exigirse aquellos requisitos que resulten imprescindibles para el legal ejercicio de la actividad objeto del contrato.

En el supuesto que nos ocupa, tanto los suministradores como los instaladores eléctricos han de contar con la debida habilitación como empresa registrada de conformidad con lo



exigido en el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico de baja tensión.

b) Experiencia en la gestión de contratos de servicios energéticos de similares características (prestaciones P1 a P4 reflejadas en la cláusula 1ª del PCAP). A pesar de su denominación, lo que se está exigiendo en este apartado del PCAP es la relación de los principales servicios energéticos de alumbrado eléctrico realizados por las licitadoras en las que se incluyan precios, fechas, objeto del contrato y cliente, con unos niveles o criterios de aceptación.

Sobre este apartado, la asociación recurrente esgrimía la imposibilidad de acreditarlos dentro de la Comunidad Autónoma cántabra lo que, a su juicio, impedía que empresas 100% cántabras pudieran concurrir a la licitación. Examinados los parámetros se observa que se respetan los criterios de proporcionalidad en relación con el valor del contrato y con su duración, pues, en caso contrario, podría conducirnos a criterios de arraigo territorial prohibidos por nuestro Ordenamiento Jurídico y por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea entrando en colisión con los principios de igualdad, concurrencia y no discriminación (artículos 1 y 139 del TRLCSP).

Si bien la cláusula 10ª del PCAP se circunscribe a los contratos de los últimos tres años y en la actualidad el TRLCSP, para las solvencias técnicas tanto del contrato de suministros como para el de servicios, lo extiende a los cinco últimos años (artículos 77 y 78 del TRLCSP), es por lo que este extremo también el PCAP ha de ajustarse a las prescripciones legales.

c) Poner bajo la dirección de ejecución del proyecto a un Ingeniero/a Superior o Ingeniero Técnico con experiencia en la ejecución de proyectos similares. Se trata aquí de la concreción de las condiciones de solvencia mediante el compromiso de adscripción de medios personales (artículo 64.2º del TRLCSP).

d) Presentar el licitador certificado sellado por el Ayuntamiento de haber cursado visita a las instalaciones objeto de la presente licitación. Se trata sin más de una cautela exigida por el órgano de contratación para que las licitadoras interesadas puedan formular con más acierto sus ofertas técnicas y económicas.



En resumen, de todo lo anteriormente expuesto y pese a que no existe reproche de la relación directa con el objeto contractual, de su proporcionalidad y de la no discriminación, este Tribunal entiende que procede la estimación del recurso, debiendo retrotraerse el expediente al momento de la redacción del PCAP para dar una redacción a la Cláusula 10ª más acorde a las exigencias legales previstas en los artículos 75 y 77 del TRLCSP, tras las reformas operadas por el Real Decreto Ley 10/2015 y por la Ley 25/2013.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.T.H., en representación de la Asociación de Instaladores Eléctricos y de Telecomunicaciones de Cantabria (ASIECAN), contra el anuncio de licitación y los pliegos del procedimiento abierto para la adjudicación del *“Contrato de servicios energéticos y el mantenimiento integral de las instalaciones eléctricas de alumbrado público, edificios y dependencias”*, anulando la cláusula 10ª del pliego de cláusulas administrativas particulares (apartados a) y c) de la solvencia económica; y apartados a) y b) de la solvencia técnica), ordenando la retroacción de las actuaciones y la elaboración de un nuevo pliego adaptado a las consideraciones contenidas en la presente Resolución.

Segundo. 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 del TRLCSP.

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 Cantabria, 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.