



Recurso nº 698/2016 C.A. Illes Balears 35/2016

Resolución nº 768/2016

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

En Madrid, a 30 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. S. G. R., en nombre y representación de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. (en adelante ENDESA), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir la licitación del contrato mixto de *“Suministro y Servicios para la prestación del Servicio Integral de Iluminación exterior del municipio de Petra”*, convocado por el Ayuntamiento de Petra; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 25 de junio de 2016, el Ayuntamiento de Petra (Mallorca) convocó licitación pública, por procedimiento abierto, para la contratación del contrato mixto de *“Suministro y Servicios para la prestación del Servicio Integral de Iluminación exterior del municipio de Petra”*, con un valor estimado de 711.000 euros.

Segundo. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que ha de regir la contratación exige, en lo que ahora interesa, en el apartado B.15, bajo el título, “Especificaciones de las empresas” que la empresa adjudicataria ha de estar dada de alta en el registro del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), contar con la aptitud, capacidad y solvencia exigida; y acreditar, tanto la empresa adjudicataria como las posibles subcontratistas, las siguientes clasificaciones: Grupo I, Subgrupo 1, Categoría E; Grupo I, Subgrupo 6, Categoría E y Grupo P, Subgrupo 1, Categoría C.

Tercero. La mercantil recurrente, ENDESA, considera que la anterior cláusula es nula de pleno Derecho por los siguientes motivos: a) En primer lugar, por exigir a la empresa

adjudicataria (y subcontratistas) clasificación, dado que para los contratos de suministro (cuyas normas deben regir al ser el suministro la prestación de mayor importancia en el contrato mixto que se licita) este medio de acreditación de solvencia no se contempla en la Ley. A mayor abundamiento alega la recurrente que la exigencia conjunta de clasificación y otros medios de acreditación de solvencia resulta improcedente, dado que la clasificación, de considerarse procedente, excluye y sustituye a cualquier otro medio para acreditar la solvencia; b) En segundo lugar, por ser las clasificaciones exigidas superiores a las que serían procedentes para el contrato objeto de esta licitación por su cuantía; y c) Por último, por considerar ENDESA que la exigencia de previa inscripción en el registro del IDAE es contraria a la normativa, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10.3 del RD 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía. Por todo ello solicita la declaración de nulidad de la cláusula B.15 del PCAP.

Cuarto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó informe en el que, en primer término, se considera a este Tribunal incompetente para conocer del recurso planteado. A estos efectos argumenta el Ayuntamiento de Petra que aun cuando se firmara un Convenio el 3 de octubre de 2013 por el que la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares atribuyera a este Tribunal la competencia para conocer de este tipo de recursos, con posterioridad a dicha fecha, por Acuerdo del Parlamento Balear, se ha creado el Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de las Illes Balears -tal y como consta publicado en el Boletín Oficial de las Islas Baleares el 26 de mayo de 2016- Tribunal que es que el que resulta competente para conocer del presente recurso de acuerdo con lo establecido en el art. 41.4, párrafo segundo del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

En cuanto al fondo de las cuestiones planteadas, se muestra conforme con las objeciones planteadas al Pliego por la recurrente salvo en dos cuestiones: a) No está de acuerdo con que las reglas sobre capacidad de las empresas previstas en la Ley para los contratos de suministro sean aplicables al contrato mixto objeto de licitación, dado que el

art. 12 TRLCSP, cuando señala que para los contratos que contengan prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, *“se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”* se refiere exclusivamente a las normas sobre adjudicación (y no las de capacidad), de modo que la remisión que la Ley hace a las reglas que rigen para el contrato de suministro no debe alcanzar a las normas sobre capacidad y medios de acreditar la solvencia; b) Tampoco se muestra conforme con la petición de nulidad de pleno Derecho, entendiendo que en todo caso la cláusula es anulable y, en coherencia con ello, no deberá comprender la cláusula B.15 en su totalidad, sino solo las partes en que se detecten las infracciones legales que se alegan.

Quinto. Con fecha 12 de agosto de 2016, la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida cautelar solicitada por ENDESA consistente en suspender el procedimiento de contratación de conformidad con lo establecido en los arts. 43 y 46 del TRLCSP.

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 y 3 del TRLCSP, en el artículo 22.1.1º 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 en el Convenio suscrito entre la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el 3 de octubre de 2013, sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 28 de octubre de 2013.

Debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento Balear, como su propio nombre indica, y como consta en el propio Acuerdo de la Mesa del Parlamento por el que se crea, tiene por objeto conocer de los recursos de esta naturaleza solo *“respecto a la contratación del Parlamento de las Illes Balears”*, señalando expresamente la Exposición de Motivos que este órgano será competente para *“revisar los actos de la Mesa del Parlamento en materia de contratación”*. Siendo la contratación a que se refiere este recurso ajena a la propia del Parlamento como órgano de contratación, el Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de las Illes Balears carece de competencia para objetiva para resolverlo.

Segundo. ENDESA tiene legitimación para interponer el presente recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, según el cual *“podrá interponer 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 tiene, por su objeto social, evidente interés en la licitación cuyo Pliego impugna, por lo que debe afirmarse su legitimación.

Tercero. El recurso se interpone contra los Pliegos que han de regir la contratación, en concreto frente a la concreta cláusula expuesta más arriba: cláusula B.15, *“Especificaciones de las empresas”*.

Dispone el apartado 2 del citado artículo 40 TRLCSP lo siguiente: *“Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores. c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”*. Por tanto, el recurso se interpone de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 a) frente a un acto susceptible de dicho recurso.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto en el art. 44.2 del TRLCSP, habiéndose cumplido también con el resto de formalidades.

Quinto. ENDESA solicita la declaración de nulidad de la cláusula B.15 de los PCAP que rigen la licitación, por considerar que muchas de las especificaciones que en dicha cláusula se contienen como de obligado cumplimiento para los licitadores no son conformes a Derecho.

Dispone la citada cláusula lo siguiente:

“B.15. ESPECIFICACIONES DE LAS EMPRESAS

Podrán participar en la licitación todas las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras que reúnan las condiciones que se especifican en este pliego. Para contratar con el Ayuntamiento de Petra la ejecución de este contrato es necesario que el empresario posea la aptitud, capacidad, solvencia económica, financiera y técnica y no esté incurso en ninguna prohibición para contratar. Será además requisito indispensable que el licitador haya obtenido previamente la clasificación correspondiente. Así mismo, los empresarios tendrán que disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes y con una finalidad que tenga relación directa con el objeto del contrato, así como de la habilitación empresarial o profesional que, si hace falta, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

Es necesario que la empresa adjudicataria del contrato esté dada de alta en el registro del IDAE como empresa de servicios energéticos.

Así mismo habrá que acreditar las clasificaciones siguientes, tanto como empresa adjudicataria como en el caso de subcontrataciones:

Grupo I; Subgrupo 1; Categoría E

Grupo I; Subgrupo 6; Categoría E

Grupo P; Subgrupo 1; Categoría C

Como un complemento a cargo del adjudicatario, el licitador tendrá que facilitar con su oferta toda aquella información que crea puede ayudar a que el Ayuntamiento se forme una idea de su capacidad.”

Considera ENDESA que la anterior cláusula incurre en las siguientes infracciones: a) En primer lugar, exigir a la empresa adjudicataria (y subcontratistas) clasificación, dado que para los contratos de suministro (cuyas normas deben regir al ser el suministro la prestación de mayor importancia en el contrato mixto que se licita) este medio de acreditación de solvencia no se contempla en la Ley. A mayor abundamiento alega la recurrente que la exigencia conjunta de clasificación y otros medios de acreditación de solvencia resulta improcedente, dado que la clasificación, de considerarse procedente, excluye y sustituye a cualquier otro medio para acreditar la solvencia; b) En segundo lugar, por ser las clasificaciones exigidas superiores a las que serían procedentes para el contrato objeto de esta licitación por su cuantía; c) Por último, también considera ENDESA que la exigencia de previa inscripción en el registro del IDAE es contraria a la normativa, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10.3 del RD 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía; en aplicación de los cuales basta con la simple presentación de declaración responsable ante el órgano competente. Por todo ello solicita la declaración de nulidad de la cláusula B.15 del PCAP.

Si bien el Ayuntamiento de Petra no está conforme con la interpretación que hace la recurrente de la regla de absorción que se contempla sobre el contrato mixto en el art. 12 -al considerar que cuando la Ley se remite, “para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico” se refiere exclusivamente a las normas sobre adjudicación (y no las de capacidad)- lo cierto es que el órgano de contratación se muestra conforme con los efectos que la aplicación de las reglas sobre capacidad del contrato de suministro a este contrato mixto suponen, a saber: que no debe exigirse en este tipo de contrato clasificación como obligatoria.

No obstante lo anterior, y aun cuando el órgano de contratación acepte que no ha de regir en el presente contrato la clasificación como medio de acreditación de solvencia, debe analizarse si a este tipo de contrato mixto le es de aplicación, para la determinación de las reglas que rigen sobre acreditación de solvencia, las propias del contrato de suministro por ser ésta prestación la de mayor importancia económicamente. Dispone el art. 12 del TRLCSP lo siguiente: *“Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”*. Pues bien, contrariamente a lo apuntado por el órgano de contratación, es claro que los medios para acreditar la solvencia forman parte de las normas que han de regir para la adjudicación del contrato y, por tanto, para un contrato mixto serán aplicables, conforme la regla que contiene el art. 12 TRLCSP, las reglas sobre acreditación de solvencia que correspondan a la prestación de mayor importancia desde el punto de vista económico que, en el caso objeto de esta Resolución, es el de suministro, sin que en esto haya discusión entre las partes.

Dicho lo anterior, es claro que para el contrato de suministro la clasificación como medio de acreditación de solvencia no es admisible. A ello se refiere el art. 65.1 del TRLCSP, cuando después de señalar que para los contratos de obras la clasificación de los empresarios será exigible y surtirá efectos para la acreditación de su solvencia en los contratos cuyo valor estimado supere los umbrales indicados en el precepto, y que en los contratos de servicios podrá el licitador acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación correspondiente al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia que se exijan; dispone para los demás tipos de contratos lo siguiente:

“c) La clasificación no será exigible ni aplicable para los demás tipos de contratos. Para dichos contratos, los requisitos específicos de solvencia exigidos se indicarán en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallarán en los pliegos del contrato. Reglamentariamente se podrán establecer los medios y requisitos que, en defecto de los establecidos en los pliegos, y atendiendo a la

naturaleza, objeto y valor estimado del contrato acrediten la solvencia para poder ejecutar estos contratos”.

A la claridad del precepto debe añadirse que este Tribunal así lo ha declarado, entre otras, en sus Resoluciones 285/2015, de 30 de marzo de 2015 y 699/2015, de 17 de julio de 2015, concluyendo en ambas que la clasificación es un medio de acreditación de solvencia ajeno a los contratos de suministro.

Ello implica la estimación del recurso en su primera alegación, debiendo el órgano de contratación especificar los requisitos específicos de solvencia que se exigirán a los licitadores sin que la clasificación pueda aplicarse a este contrato y sin que, igualmente, pueda contemplarse la clasificación como medio alternativo de acreditación de la solvencia, posibilidad solo contemplada para los contratos de servicios.

Siendo así, quedan sin contenido las alegaciones de la recurrente sobre la no conformidad a Derecho de exigir cumulativamente la clasificación junto con la acreditación de la solvencia por otros medios, así como la improcedente exigencia de clasificación en las categorías E y C por corresponder éstas a contratos con anualidades medias de cuantías muy superiores a las del contrato cuya licitación es objeto de licitación en los Pliegos recurridos.

Sexto. Resta por analizar la conformidad a Derecho de la exigencia que contiene el Pliego para los licitadores, también en la cláusula B. 15 (transcrita más arriba), de estar previamente inscritos en el registro del IDAE. Considera ENDESA que esta cláusula es contraria a la normativa, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10.3 del RD 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía; pues de acuerdo con dichos preceptos basta con la previa presentación de declaración responsable ante el órgano competente en materia de eficiencia energética, sin ser precisa la exigencia de previa inscripción.

La cuestión (sobre la que asimismo muestra su conformidad el órgano de contratación) debe tener favorable acogida, habiéndose resuelto recientemente por este Tribunal la misma alegación en su Resolución 622/2016, de 29 de julio de 2016, con la siguiente fundamentación:

“Sobre la cuestión de fondo que plantea el recurso, cabe comenzar por la primera de las objeciones planteadas por el recurrente, sobre la legalidad o no de exigir de los licitadores la previa inscripción en el Registro del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (en adelante IDAE), como requisito de aptitud para poder licitar. La primera cuestión que se plantea es que como afirma el recurrente dicho requisito no es de solvencia, sino una condición de aptitud para contratar, es decir un mínimo legal sin el cual no cabe prestar el objeto del contrato. Su fundamento legal se encuentra en el artículo 54.2 del TRLCSP, conforme al cual: 2. 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.

Como tal aptitud legal para contratar deberá ser exigida en los términos en los que la normativa sectorial a la que se refiere la exija. En este sentido el recurrente cita los artículos correspondientes del Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía.

De esa norma interesa ahora destacar su artículo 9.1 y 2 que dispone: “1. Las personas físicas o jurídicas que deseen establecerse como proveedores de servicios energéticos, deberán presentar, previamente al inicio de la actividad, y ante el órgano competente en materia de eficiencia energética de la comunidad autónoma o ciudad de Ceuta o Melilla correspondiente, una declaración responsable, para lo que se podrá utilizar el modelo del anexo II, en la que el titular de la empresa o su representante legal manifieste que cumple los requisitos que se exigen por este real decreto, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantenerlos durante la vigencia de la actividad.

2. La presentación de la declaración responsable habilita para el ejercicio de la actividad, desde el momento de su presentación, en todo el territorio español por tiempo indefinido, sin perjuicio de las posteriores comprobaciones que pueda realizar la Administración competente.”

Posteriormente el artículo 10 del Real Decreto dice que la información contenida en las declaraciones responsables presentadas, se incluirán en el Listado de Proveedores de Servicios Energéticos. Este Listado de Proveedores de Servicios Energéticos es precisamente el Registro del IDAE al que se refiere el Pliego.

Pues bien, es cierto que el requisito exigido legalmente para habilitar al empresario para prestar servicios como los del objeto del contrato, es la declaración responsable ante el órgano competente en materia de eficiencia energética, (no ante el órgano de contratación), y que la forma más sencilla de acreditar la existencia de la declaración responsable será la certificación de la inscripción de la empresa declarante en el Registro o Listado correspondiente, razón por la que el requisito que exige el Pliego es razonable.

Ahora bien, no es menos cierto que cabe la posibilidad, al menos en abstracto ya que se impugna el Pliego, que existan empresas que habiendo presentado la declaración responsable ante el órgano competente todavía no hubieran obtenido la inscripción en el Listado o Registro del IDAE, pues el propio Real Decreto 56/2016, ya prevé un mes de plazo para que el órgano competente remita la declaración responsable del correspondiente proveedor de servicios energéticos, a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. En tales casos lo cierto es que se estaría excluyendo a empresas que sin embargo habrían cumplido con el requisito de aptitud legal exigible, por lo que procede estimar el recurso en lo que se refiere a este motivo, de forma que el PCAP impugnado el exigir la condición de aptitud referida ha de admitir para su acreditación tanto la certificación del Registro correspondiente del IDAE como la presentación ante el órgano competente de la declaración responsable a la que se refiere el artículo 9.1 y 2 del Real Decreto 56/2016.

En este mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución nº 8/2011, de 2 de febrero de 2011, que es citada por el recurrente”.

Por los mismos motivos debe estimarse ahora esta misma alegación, debiendo el Pliego admitir como válida la presentación ante el órgano competente de la declaración responsable a la que se refiere el artículo 9 apartados 1 y 2 del Real Decreto 56/2016.

Séptimo. Las infracciones del Ordenamiento Jurídico que se han apreciado en los Pliegos determinan que deba estimarse el recurso con anulación de la cláusula B.15, que deberá ser sustituida por otra que, por un lado, determine los medios con que los licitadores habrán de acreditar su solvencia -eliminando la clasificación entre ellos- y, por otro, admita como válida la presentación ante el órgano competente de la declaración responsable a la que se refiere el artículo 9.1 y 2 del Real Decreto 56/2016 eliminando la exigencia de estar previamente inscrito en el registro del IDAE.

Ello determina que el procedimiento de licitación iniciado no pueda sanarse y deba volverse a iniciar otro, dado que no siendo conforme a Derecho la cláusula del Pliego que define la solvencia que ha de acreditar el adjudicatario del contrato, hay licitadores que han podido no presentar sus ofertas por no cumplir las exigencias que contenía el Pliego y que, como se ha concluido, no eran ajustadas a Derecho; lo que impone acoger también la petición de nulidad que articula la recurrente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J. S. G. R., en nombre y representación de ENDESA ENERGÍA, S.A.U., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir la licitación del contrato mixto de “*Suministro y Servicios para la prestación del Servicio Integral de Iluminación exterior del municipio de Petra*”, convocado por el Ayuntamiento de Petra, anulando la cláusula B.15 con el alcance y el sentido expresado en el último Fundamento de Derecho de esta Resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada con fecha 12 de agosto de 2016, de acuerdo con lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 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 Illes Balears, 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.