

**ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI**  
**RESOLUCIÓN 24/2016**

**EB 2016/006**

Resolución 024/2016, de 2 de marzo de 2016, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa TECNOLOGÍAS VIALES APLICADAS, TEVA, S.L. contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato de “Gestión de los sistemas de información y control de la circulación en Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria–Gasteiz.

**I- ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: El día 15 de enero de 2016 se interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial formulado por la empresa TECNOLOGÍAS VIALES APLICADAS, TEVA, S.L. (en adelante, TEVA) contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) del contrato de “Gestión de los sistemas de información y control de la circulación en Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

SEGUNDO: Solicitados el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP) al poder adjudicador, se recibieron en el OARC / KEAO el día 20 de enero.

TERCERO: Con fecha 2 de febrero de 2016 se dictó la Resolución B-BN 002/2016 por la que se acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente interesados diferentes del recurrente y el poder adjudicador.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente, así como la representación de Don R. G.P. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.»

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Vitoria - Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) A juicio del recurrente, los criterios de solvencia que establece el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) son, en algunos casos, manifiestamente improcedentes, en todos absolutamente desproporcionados en relación con el objeto del contrato y, además, son contrarios a los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia; en concreto, los reproches formulados son los siguientes:

- no procede exigir que el licitador de un contrato de servicios sea, a la vez, el fabricante de los equipos, pues es evidente que se restringe la libre competencia y se favorece a las empresas fabricantes frente a otras que sean comercializadoras. También es improcedente pretender que una entidad pública conozca con certeza la procedencia y autoría o propiedad de la fabricación de los equipos y se atribuya la potestad de poder certificarlo. Todo ello, sin entrar en cuál es el concepto de fabricante al que se refiere. El criterio es desproporcionado para un contrato cuyo objeto es el mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones existentes.

- exigir al licitador que la tecnología tenga que estar desarrollada por él mismo restringe la competencia y favorece a un cierto tipo de empresas. La prestación de un servicio de calidad no está unida a que la tecnología sea propia del licitador, al cual solo debe exigírsele que esté capacitado para mantener y gestionar las instalaciones, que es el objeto del contrato.

- exigir que se hayan realizado trabajos de mantenimiento, instalación y reparación de sistemas de control del tráfico en ciudades con más de 100 reguladores semafóricos, de los cuales más de 50 hayan sido fabricados por el licitador es un criterio desproporcionado en relación con el objeto del contrato, que consiste, básicamente, en obligaciones de gestión y mantenimiento, obligándose el contratista a aceptarlas en las condiciones en las que estuvieran a partir de la fecha de la licitación, con independencia de su tipo, estado o calidad.

- también es un criterio desproporcionado exigir un respaldo técnico suficiente más allá de los medios directamente asignados al contrato; por otro lado, este requisito no se exige a los licitadores que acreditan la clasificación empresarial. Este criterio, igual que los anteriormente mencionados, favorece a las grandes empresas del sector, discrimina a quienes no ostentan la clasificación frente a los que la tienen y limita la competencia.

b) Los criterios de adjudicación establecidos en el punto 4.1 de la carátula del PCAP, así como en la cláusula 11.1 del PCAP son nulos por infracción de los artículos 32 d) TRLCSP y 45 de la Ley 14/2013; en concreto, se estima que favorece a los anteriores adjudicatarios del contrato y, especialmente, al último de ellos, ya que son los que mejor conocen la magnitud y complejidad de las instalaciones y los demás extremos mencionados; la misma observación se le puede hacer al criterio incluido en el apartado 3:

c) Finalmente, se solicita la nulidad de pleno derecho o la anulación de la cláusula 8.2.2.4 del PCAP, en el apartado relativo a los criterios mínimos de solvencia técnica, del punto 4.1 de la carátula del PCAP, así como la cláusula 11.1 de dicho PCAP; asimismo, se pide la nulidad de la convocatoria.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) No es improcedente exigir que quien licite en un contrato de servicios sea, a la vez, fabricante de los equipos, pues dichos equipos no son un material estándar a la venta en cualquier establecimiento, dado que los fabricantes de ese tipo de material son habitualmente los prestadores de los servicios que aquí pretendemos contratar; la venta a un tercero siempre se estaría haciendo a un potencial competidor, y no a un cliente propiamente dicho. Si bien es posible adquirir estos equipos, el suministro no está garantizado; generalmente se da entre empresas fabricantes, que pueden acordar apoyarse mutuamente para poder compartir diferentes equipos en una misma ciudad. Por otro lado, nada impide a la recurrente acreditar su solvencia concurriendo en UTE con otra empresa o integrando la propia con medios externos, como posibilita el artículo 63 TRLCSP. No se exige que los licitadores fabriquen el material del que ya dispone el servicio, sino que caben otros productos siempre que sean similares y compatibles con los que están operando actualmente. La prestación de un servicio de calidad está unida a que la empresa tenga una tecnología propia y a que cuente con el respaldo técnico exigido. Para cualquier técnico especialista es fácil identificar la

procedencia de los equipos de referencia, ya que hay un número limitado de ellos en el mercado. En resumen, una empresa que no reúna los requisitos de solvencia impugnados dependería de empresas que no tienen un afán comercial en la venta de equipos o en el desarrollo de nuevas funcionalidades. Respecto a la clasificación, la ley permite acceder al procedimiento por esa vía y el órgano de contratación no puede oponerse, pero sí se considera que la mera clasificación no permite una selección adecuada.

b) Los aspectos de los criterios de adjudicación impugnados guardan relación con el objeto del contrato, y más concretamente con la calidad del mismo; permiten saber si los licitadores demuestran conocer la magnitud de las instalaciones y la capacidad de asumir en plazo las obligaciones contractuales, pero siendo tratadas de forma igualitaria todas las ofertas. Es cierto que el criterio favorece al adjudicatario anterior, como también favorece a las empresas que mejor conocen el sector profesional del que se trata, lo que es obvio en cualquier licitación y en cualquier ámbito profesional; en concreto, se trata de habilidades al alcance de empresas que hayan resultado adjudicatarias de trabajos similares en otras ciudades. Por otro lado, el Ayuntamiento ha hecho lo posible para salvar la ventaja del anterior adjudicatario; así, ofrece en los pliegos facilitar la documentación pertinente que le sea solicitada por los licitadores y obre en su poder, posibilidad que la recurrente no ha aprovechado.

OCTAVO: El recurso impugna, en primer lugar, varios de los requisitos de solvencia técnica exigidos; en concreto, las cláusulas recurridas y la opinión de este Órgano sobre ellas son las siguientes:

Declaración responsable, por parte del licitador, de que dispone de tecnología, desarrollada por la empresa licitante, que le permite la efectiva fabricación y montaje de reguladores de tráfico, con la capacidad y funcionalidades exigidas en este pliego; y que dichos reguladores se adaptan en todos sus términos al Informe UNE 135401-4 IN “Equipamiento para señalización vial – Reguladores de tráfico – Parte 4: protocolo de comunicaciones – Tipo M”, no existiendo en ellos ningún encriptamiento o sistema de limitación que impidiera al Ayuntamiento el acceso a las funcionalidades del regulador con la única ayuda de la documentación que el contratista facilite al Ayuntamiento al inicio del contrato.

A juicio de este OARC / KEAO, son varios los principios generales aplicables en materia de solvencia técnica que esta estipulación infringe. En primer lugar, incluye aspectos que no guardan relación con la solvencia, pues no se refieren a los “conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad” de los licitadores, sino a prescripciones técnicas de los productos que deban instalarse, las cuales deben figurar en el pliego correspondiente (artículos 116.1 y 117 del TRLCSP). En segundo lugar, y entrando ya en su contenido sustantivo, se observa que no se cumple el requisito de que sea proporcionado al objeto contractual (artículo 62.2 TRLCSP) cuando se pide al licitador la condición de que disponga de una tecnología desarrollada por él mismo y que le permita la efectiva fabricación y montaje de los reguladores; como bien señala el recurrente, se trata de un contrato que consiste, básicamente en servicios de

mantenimiento y en instalación de nuevos elementos, por lo que nada aporta la condición de fabricante respecto a la de comercializador de productos elaborados por otras empresas. De hecho, el propio poder adjudicador admite que entra dentro de lo posible llegar a acuerdos comerciales para la adquisición puntual de equipos de este tipo para un tercero, no siendo sino una mera hipótesis o prejuicio que, en esos casos, el suministro no esté garantizado. En definitiva, el requisito impugnado es contrario a la libre competencia porque la restringe al impedir el acceso a la licitación a los comercializadores no fabricantes. Debe señalarse la contradicción en la que incurre el poder adjudicador cuando reconoce que este requisito, que considera imprescindible, no tienen por qué satisfacerlo las empresas que acrediten la clasificación que, de acuerdo con el artículo 65.1 b) TRLCSP, los pliegos solicitan como medio alternativo de acreditación de la solvencia y cuya exhibición les exime, en un procedimiento abierto, de la obligación de presentar ninguna otra documentación adicional sobre capacidad técnica (artículo 62.1 TRLCSP; ver también el informe 48/1996, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). Dicha diferencia implica un trato desigual injustificado entre los licitadores según opten por uno u otro sistema de acreditación, cuando es claro que el nivel de exigencia debiera ser equivalente en ambos casos; además, también desmiente el argumento de que el requisito debatido es fundamental, pues podía haberse exigido también a las empresas clasificadas como requisito de admisión a un procedimiento restringido, lo que no se ha hecho (ver el artículo 11 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Consecuentemente, el criterio debe anularse.

Declaración responsable, por parte del licitador, de que se disponen de un departamento de investigación y desarrollo que ha desarrollado un software específico de gestión centralizada de sistemas de control de la circulación mediante cruces semaforizados, capaz de gestionar instalaciones de la magnitud y funcionalidades de tipo similar a las que son objeto del presente contrato.

No se entiende qué sentido tiene exigir que el licitador disponga de un departamento de investigación y desarrollo cuando el objeto del contrato no requiere en absoluto una prestación que contenga las características propias de dicha investigación y desarrollo (investigación básica, desarrollo tecnológico, pre desarrollo y, finalmente, desarrollo de productos y procesos); de hecho, el requisito se refiere a un producto ya desarrollado, y se trata, en realidad, de una reiteración del requisito anteriormente expuesto. Consecuentemente, le son aplicables las mismas objeciones de falta de proporcionalidad y de infracción de la libre competencia y del principio de igualdad de trato, y debe también anularse.

Certificado emitido por entidad pública contratante, de que son o han sido adjudicatarios, con contrato vigente dentro de los últimos tres años, y a satisfacción de la institución contratante, de trabajos de mantenimiento, instalación y reparación de sistemas de control del tráfico, así como de explotación de centros de control centralizado de tráfico, en ciudades con más de 100 reguladores semafóricos, de los cuales más de 50 han sido fabricados por la empresa solicitante.”

Al inciso “(...) de los cuales más de 50 han sido fabricados por la empresa licitante.” se le pueden formular, igualmente, los mismos reproches de falta de proporcionalidad y de infracción de la libre competencia y del principio de igualdad de trato expresados anteriormente, debiendo anularse también.

“Declaración responsable por parte del licitador de que, más allá de los medios asignados directamente al contrato, disponen de un respaldo técnico suficiente, en número y preparación técnica específica, para afrontar la resolución de problemas complejos o desarrollo de nuevas funcionalidades, que pudieran plantearse en los sistemas objeto del contrato, en el transcurso del mismo.”

Se trata de un criterio que no establece un nivel o umbral mínimo de solvencia técnica adecuadamente definido por debajo del cual se considere que el licitador no está suficientemente capacitado para la ejecución del contrato; así, el término genérico “respaldo técnico suficiente” no especifica los concretos medios técnicos y humanos a los que se refiere. Consecuentemente, este criterio es contrario al principio de igualdad de trato pues, por un lado, impide que todas las empresas interesadas puedan conocer de la misma forma los requisitos de acceso al procedimiento y, por otro lado, facilita la actuación arbitraria del poder adjudicador, que puede interpretar arbitrariamente una cláusula que, por su inconcreción, no le vincula en nada.

Declaración responsable, por parte del licitador, de que disponen o pueden disponer de los medios y materiales necesarios para afrontar las responsabilidades que se deducen del contrato, garantizando durante la duración del contrato la asistencia técnica y disponibilidad de repuestos para los sistemas objeto del contrato instalados en la ciudad.

A este criterio se le puede oponer el mismo reproche de falta de especificación formulado al criterio analizado anteriormente, siendo aplicable la misma consecuencia de infracción del principio de igualdad de trato.

Certificados ISO 9001 y 14001, a nombre del licitante.

Al no admitir medios alternativos a los específicos certificados mencionados, este criterio de solvencia infringe el artículo 80 TRLCSP (en sentido análogo, ver el artículo 81.2 TRLCSP) que, en referencia a la exigencia de una acreditación de que los licitadores cumplen determinadas normas de garantía de la calidad, establece que «los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios.»

NOVENO: El recurso impugna los siguientes criterios de adjudicación (apartado 4.1 de la carátula del PCAP):

1. Hasta 23 puntos en función del grado de acreditación, claridad , credibilidad y viabilidad de dicha Propuesta, respecto a:

- El conocimiento que se evidencie sobre la magnitud y complejidad de las instalaciones objeto del contrato, el alcance de los trabajos que pretende asumir y el tipo de complejidad de las funcionalidades del sistema que ha de mantener y operar.

- La capacidad para asumir en los plazos estipulados en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, con sus propios medios u otros cuya disposición asegure y acredite, la operación y mantenimiento de los equipos y funcionalidades con las que cuenta en la actualidad el subsistema de regulación y prioridad semafórica.

- Su capacidad para integrar y desarrollar en el subsistema de regulación y prioridad semafóricas, cualquier mejora, equipo o funcionalidad que el Ayuntamiento pudiera considerar preciso.

Todo ello en los términos descritos en el apartado II.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

(...)

2. Hasta 7 puntos por otros aspectos de la propuesta técnica, tales como el grado de calidad del programa de mantenimiento propuesto y su ajuste a los fines del contrato, así como la calidad del servicio de retén de urgencia. También se tendrán en cuenta otros aspectos que pudieran incluirse en la propuesta técnica, siempre que vengan a mejorar la calidad de los servicios objeto de este contrato, o aspectos de interés general, como pueden ser la mejora de la calidad de la movilidad de los ciudadanos o de la preservación medioambiental.”

A juicio de este OARC / KEAO, la objeción fundamental del recurso, que es que se trata de criterios discriminatorios porque favorecen a los actuales prestadores del servicio, no puede ser aceptada. La Resolución 18/2015 del OARC / KEAO establece que «el principio de igualdad, entendido como idéntico trato a los operadores económicos, no obliga a que los poderes adjudicadores hagan un esfuerzo por borrar las diferencias entre ellos derivadas de sus distintas características como unidades productivas, diferencias que no dependen de la configuración del contrato o las bases de la licitación, sino que son connaturales a la existencia de un mercado de oferentes de bienes y servicios en régimen de libre competencia”; en la misma línea, la Resolución 6/2016 del OARC / KEAO se refiere la posible ventaja del anterior adjudicatario señalando que «es, en realidad, inevitable salvo que se prohíba su participación en el procedimiento e, incluso, que se subcontrate con ellas. Esta circunstancia constituye una ventaja inherente de facto y sus efectos no son los de excluir al licitador que goza de las mismas, que es lo que parece perseguir el recurrente al solicitar la nulidad del procedimiento, pues ni en las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos ni en el TRLCSP figura ningún precepto en el que la circunstancia anteriormente descrita constituya una prohibición para contratar.» La misma Resolución añade que «dicha supuesta ventaja sería

ilegítima si de los pliegos del contrato se observara una estructura de la obligación favorable al anterior adjudicatario o durante el procedimiento de adjudicación se reservara información útil para la elaboración de la oferta»; la accesibilidad de dicha información útil para todos los licitadores sí es una obligación que el principio de igualdad de trato impone al órgano de contratación. En el presente caso, más allá de la alegación genérica de que los criterios impugnados favorecen a los anteriores adjudicatarios, no se ha probado por el recurrente que el contrato se haya configurado en beneficio o perjuicio arbitrario de ninguna empresa, ni se ha acreditado que la documentación contractual carezca de la información útil suficiente para que cualquier operador económico pueda elaborar una oferta competitiva; por el contrario, sí consta que el Ayuntamiento ha ofrecido en los pliegos su disposición a facilitar cuanta documentación pertinente obre en su poder y se le solicite (apartado II.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas).

No obstante, se observa que los criterios de adjudicación incluidos en el apartado 4.1.1 de la carátula del PCAP no están vinculados al objeto del contrato, como pide el artículo 150.1 TRLCSP, y no se refieren a aspectos de las ofertas que permiten cualificarlas como económicamente ventajosas, sino a la apreciación de la capacidad de los licitadores para ejecutar el contrato; dicho de otro modo, no se trata de valorar los términos en los que la empresa propone realizar la prestación, sino de determinar si tiene solvencia técnica suficiente. Por imperativo de la normativa europea sobre contratación pública que incorpora, el TRLCSP distingue dos fases sucesivas en el procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, para el procedimiento abierto, el artículo 160.1) la primera destinada a verificar la aptitud de los licitadores y la segunda a valorar sus proposiciones y, aunque ambas operaciones pueden tener lugar simultáneamente, se rigen por diferente normativa. Consecuentemente, no caben criterios de adjudicación que están relacionados con la capacidad para ejecutar el contrato y que incluyen aspectos que, en su caso, deben exigirse como parte de la solvencia técnica (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de noviembre de 2009, asunto C-199/07, Comisión contra Grecia, ECLI:EU:C:2009:693). Debe señalarse que el propio informe del órgano de contratación reconoce implícitamente que no hay vinculación directa de estos criterios con el objeto del contrato cuando argumenta que los conocimientos a los que se refiere se pueden adquirir mediante la experiencia en prestaciones similares.

DÉCIMO: La anulación de los criterios de adjudicación implica la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la resolución 133/2015, de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01 ECLI:EU:C:2003:651, cuyo criterio puede extenderse también a los criterios de solvencia, también afectados por la presente Resolución). Todo ello conlleva la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tenga en consideración lo expuesto en esta Resolución.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales



de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

## **RESUELVE**

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa TECNOLOGÍAS VIALES APLICADAS, TEVA, S.L. contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato “Gestión de los sistemas de información y control de la circulación en Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz, en el sentido de :

a) anular los siguientes apartados:

- los criterios mínimos de solvencia técnica establecidos en el apartado 8.3.2.4 del PCAP.
- los criterios de adjudicación establecidos en el apartado 4.1.1 de la carátula del PCAP.

b) cancelar el procedimiento de adjudicación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada en la Resolución B-BN 002/2016 de 2 de febrero de 2016.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.