

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Resolución nº 21/2016

Aragón, 2 de marzo de 2016.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 10 de febrero de 2016 se publicó, en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza, el anuncio de licitación relativo al contrato denominado «Servicio de proyección de cine en el Teatro Bellas Artes de la ciudad de Tarazona y asistencia técnica del edificio del Teatro Bellas Artes», promovido por el Ayuntamiento de Tarazona (en adelante el Ayuntamiento), contrato calificado como administrativo especial, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 145 899, 52 euros, IVA excluido.

El plazo de presentación de ofertas finaliza a las 14 horas del día 25 de febrero de 2016.

SEGUNDO.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que rige la licitación, prevé como criterios de adjudicación, a los efectos del recurso, los siguientes:

SOBRE «B»

PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y MEJORAS A DETERMINAR POR FÓRMULAS MATEMÁTICAS

B-1) Mejoras

Se valorarán las siguientes mejoras:

EXPERIENCIA EXHIBICIÓN DE CINE: Acreditada de prestación de este servicio de más de 5 años.

Se acreditará la experiencia 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 o, a falta de este certificado.

EXPERIENCIA GESTIÓN TÉCNICA DE TEATRO: Acreditada de prestación de este servicio de más de 5 años.

Se acreditará la experiencia 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 o, a falta de este certificado.

Que son objeto de valoración del siguiente modo:

Mejoras al pliego: hasta 45 puntos

EXPERIENCIA EXHIBICIÓN DE CINE: Acreditada de prestación de este servicio de más de 5 años.

- 6 años.....1 punto
- 7 años.....2 puntos
- 8 años.....3 puntos
- 9 años.....4 puntos
- 10 años.....5 puntos
-Hasta máximo 10 puntos

EXPERIENCIA GESTIÓN TÉCNICA DE TEATRO: Acreditada de prestación de este servicio de más de 5 años.

- 6 años.....1 punto
- 7 años.....2 puntos
- 8 años.....3 puntos
- 9 años.....4 puntos
- 10 años.....5 puntos
-Hasta máximo 10 puntos».

TERCERO.- El 26 de febrero de 2016, D. Jesús García Usón y D^a Leticia Soria Sanargo, en su calidad de Concejales del Ayuntamiento de Tarazona, interponen en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial contra el PCAP que rige la licitación del contrato.

Los recurrentes anunciaron el 26 de febrero de 2016, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 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).

El recurso alega, en síntesis, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

a) Que nos encontramos ante un contrato de servicios encuadrado en la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, y no ante un contrato administrativo especial. Atendiendo a este hecho y al valor estimado del contrato, superior a 100 000 euros, es procedente el recurso especial en materia de contratación, como reconoce la cláusula vigésimoquinta del PCAP. Por otra parte, basan su legitimación en la doctrina de los Tribunales administrativos de contratos, con cita de los Acuerdos y Resoluciones en los que se ha admitido la misma. Afirman que su propósito es la defensa del interés de la Corporación, de que el contrato se adjudique a favor de la oferta económicamente más ventajosa, garantizando los principios de la contratación pública reconocidos en el artículo 1 TRLCSP.

b) Mantienen y argumentan que los dos criterios de adjudicación reproducidos en el antecedente de hecho segundo infringen el principio de objetividad, y son contrarios a la doctrina consolidada de las Juntas Consultivas y los Tribunales Administrativos que citan, que señalan que, en ningún caso, la experiencia puede ser criterio de adjudicación. Por ello, procede declarar la anulación de todo el procedimiento.

Por todo lo alegado, solicitan la anulación de la licitación y la suspensión del procedimiento hasta que recaiga resolución definitiva del recurso.

CUARTO.- Por Resolución 6/2016, de 26 de febrero, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por los recurrentes, en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, considerando que el plazo para presentar proposiciones en el procedimiento concluyó el día 25 de febrero de 2016, en aplicación de los distintos intereses en juego, y dado que el Acuerdo del Tribunal sobre el recurso especial no pudo adoptarse antes de la finalización del mencionado plazo de presentación de proposiciones.

QUINTO.- El 29 de febrero de 2016 el Tribunal requiere al Ayuntamiento la remisión del expediente administrativo y del informe al que hace referencia el artículo 46.2 TRLCSP, documentación que es remitida el 2 de marzo de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por lo que se refiere a la competencia de este Tribunal administrativo, el órgano de contratación califica el contrato como administrativo especial, aun cuando da la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación, previo al contencioso- administrativo.

Como viene declarando este Tribunal en Acuerdos anteriores, la competencia para la admisión del recurso especial es una cuestión de orden público procesal que no puede quedar al albur de la tipificación que del contrato haga el órgano de contratación, por lo que es preciso a tal efecto y con carácter previo, determinar la adecuada calificación jurídica del objeto del contrato, en aras a considerar si procede la interposición del

recurso especial en materia de contratación (Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre, 55/2013, de 1 de octubre, y 37/2014, de 30 de junio de 2014).

En este caso, y como argumentan los recurrentes, el contrato debe calificarse como contrato de servicios, comprendido en la categoría 26 (servicios de esparcimiento, culturales y deportivos) del Anexo II del TRLCSP (en concreto, CPV 92130000-1) y no como contrato administrativo especial.

El recurso se ha interpuesto así contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros. El acto es recurrible, como indica el PCAP, y de acuerdo con el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), siendo competente este Tribunal administrativo para su resolución.

SEGUNDO.- El recurso ha sido interpuesto por personas legitimadas para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP. Como tiene establecido este Tribunal en sus Acuerdos (44/2012, 66/2013 y 79/2013), los Concejales tienen reconocida legitimación por su condición de interesados en el correcto funcionamiento de la Corporación Municipal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 63.1.b) LBRL, en virtud del mandato representativo que ostentan, salvo que formaran parte del órgano colegiado que hubiera adoptado el acuerdo impugnado y no votaran en contra del mismo.

Este criterio se encuentra en la actualidad recogido en el artículo 24.4 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (norma básica aplicable a todas las Administraciones Públicas según su Disposición final primera), que dispone:

«4. Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados».

Se acredita también la interposición en plazo del recurso.

TERCERO.- Los recurrentes consideran no ajustados a Derecho, y contrarios a los principios de la contratación pública, los dos criterios de adjudicación reproducidos en el antecedente de hecho segundo de este Acuerdo, por entender que la experiencia de los licitadores, en ningún caso, puede ser criterio de adjudicación de un contrato.

El Ayuntamiento, en su informe al recurso de 2 de marzo de 2016, reconoce que efectivamente se considera la experiencia como criterio de adjudicación, «si bien a partir del sexto año, ya que los cinco primeros se

considerarían para ser tenidos en cuenta a los efectos de acreditar la solvencia técnica». En el informe se acude, en defensa de la procedencia de los criterios de adjudicación impugnados, a Resoluciones de Tribunales administrativos de contratos que avalan la posibilidad de valorar los medios humanos o materiales como criterios de adjudicación, cuando ello redunde en una mejor prestación del servicio porque supongan un plus de valor a los medios mínimos establecidos como criterio de solvencia técnica. En todo caso, concluye el informe que, a la vista del recurso, el órgano de contratación se aviene a lo establecido por los recurrentes y manifiesta la conformidad con su petición.

Aunque no es necesario que este Tribunal se pronuncie in extenso sobre la adecuación de los criterios de adjudicación impugnados a los principios de igualdad de trato y no discriminación contenidos en los artículos 1 y 139 TRLCSP —al haber aceptado el órgano de contratación las manifestaciones efectuadas por los recurrentes—, conviene recordar la argumentación jurídica en relación a la ilegalidad del criterio de adjudicación vinculado a la experiencia.

No puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa la experiencia del contratista, pues ese aspecto, al ser de aptitud, no puede ser de adjudicación, tal y como vino a recordar la STJUE de 4 de junio de 2003 (GAT). La STJUE de 9 de octubre de 2014, (España/Comisión As. T-2/07), que desestima el recurso interpuesto por el Reino de España contra la sentencia —del Tribunal General— mediante la cual se desestimó su pretensión de anulación de la Decisión de la Comisión de reducción de la ayuda financiera concedida mediante el Fondo de Cohesión, por incumplimiento de determinadas normas de la Unión Europea sobre adjudicación de contratos públicos, al haber previsto la experiencia, las cualificaciones y los medios a emplear como criterios de adjudicación, insiste en que bajo ningún concepto puede admitirse como criterio válido la experiencia. El Tribunal (apartado 35) declara que la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se basa en la capacidad técnica de los licitadores y esta experiencia constituye un criterio pertinente de verificación de la aptitud de los contratistas, de acuerdo con las disposiciones relativas concretamente a los criterios denominados de «selección cualitativa». Y recuerda que: «los apartados 30 a 32 de la sentencia Lianakis y otros, relativa a normas análogas en materia de contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia ha distinguido claramente los criterios de adjudicación de los criterios de selección cualitativa que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión y ha considerado que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión pertenecen a esta última categoría y, por tanto, no tienen el carácter de criterios de adjudicación. De este modo, el Tribunal de Justicia ha excluido que el criterio de la experiencia pueda servir como criterio de adjudicación, contrariamente a lo alegado por el Reino de España» (apartado 36).

Criterio consolidado igualmente en España por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras Sentencias las de 25 de septiembre de 2000, recurso de casación 7065/1994; 9 de diciembre de 2004, recurso de casación 5769/2001; 23 de marzo de 2005, recurso de casación 2129/2002); o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (Sentencia 13 de abril de 2005,

recurso de casación 7987/2000; Sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511/2002; Sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000; Sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677/2003; Sentencia de 5 de junio de 2006, recurso de casación 9067/2003, Sentencia de 11 de julio de 2006, recurso de casación 410/2004).

La Sentencia de 31 octubre 2014 insiste en la doctrina sobre ilegalidad de la experiencia como criterio de adjudicación, por ser contrario al Derecho europeo y al principio de competencia.

Cuestión distinta es que se valore la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido «intelectual», y para ello resulten relevantes los medios personales que se adscriben al contrato, tal y como pone de relieve la STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C- 601/13 (en el que se considera una licitación de un organismo portugués que incluía la experiencia del equipo profesional como criterio de adjudicación); que concluye que no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros. Así debe interpretarse la mención del apartado 67.2 b) de la Directiva 2014/24/UE, que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido «intelectual», y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continúa siendo un criterio de solvencia.

En este sentido, no resulta de aplicación la doctrina contenida en la Resolución 40/2011, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; o en el Acuerdo 4/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, que se alega en el informe al recurso; pues se refiere a supuestos en los que, en contratos de contenido «intelectual» en los que se exigía un concreto compromiso de adscripción de medios personales como plus de solvencia, se incorporaba un criterio de adjudicación para valorar los medios superiores al mínimo exigido, que ninguna relación guardan con el que es objeto de recurso.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso, debiendo eliminarse los criterios impugnados en el nuevo procedimiento de licitación que se convoque. Y anular la licitación, pues en aplicación de la doctrina de la Sentencia del TJUE, de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria TJUE), —que se refiere a la hipótesis de la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato— procede declarar la anulación de todo el procedimiento, conforme a la argumentación contenida en dicha Sentencia:

«[...] los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con

mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión».

En definitiva, como se afirma en nuestro Acuerdo 86/2015, la anulación de un criterio de adjudicación, o de las normas para su valoración, obliga a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación.

CUARTO.- Por otra parte, y en aras a evitar ulteriores impugnaciones de la nueva licitación que se convoque, este Tribunal quiere poner de manifiesto que la cláusula séptima del PCAP, relativa a la acreditación de la aptitud para contratar, se limita a enumerar todos los medios previstos en el TRLCSP para acreditar la solvencia económica de los empresarios, y uno de los previstos para la técnica, sin concretarla. Este Tribunal tiene establecido desde su Acuerdo 18/2011, que la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y de solvencia, en sus distintas vertientes económica, técnica y profesional-empresarial, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Estos requisitos deben ser proporcionales al objeto del contrato y no debe exigirse una forma jurídica determinada, tal y como ha recordado la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2007, Frigerio Luigi. Estas exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición «sine qua non», cuyo no cumplimiento justifica la exclusión del licitador. Y ello para garantizar el adecuado cumplimiento del interés público que es causa de todo contrato público.

El Ayuntamiento, a la hora de tramitar el expediente, debe indicar no solo los medios de acreditar la solvencia que considere más adecuados de entre los previstos en la Ley, sino concretar los criterios de selección que precisen, con la proporcionalidad adecuada, el nivel mínimo de solvencia económica y técnica que se considera suficiente para la futura ejecución contractual, determinando la forma documental para su acreditación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, presentado por D. Jesús García Usón y D^a Leticia Soria Sanargo, en su calidad de Concejales del Ayuntamiento de Tarazona, frente a la licitación del contrato denominado

«Servicio de proyección de cine en el Teatro Bellas Artes de la ciudad de Tarazona y asistencia técnica del edificio del Teatro Bellas Artes», promovida por el Ayuntamiento de Tarazona. Declarar la invalidez del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y anular la licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.2 TRLCSP.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Tarazona deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo 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 la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.