

ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Resolución nº 157/2013

En Madrid, a 9 de octubre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don F.S.H., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI), contra el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas que han de regir la contratación del “servicio de gestión integral de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Cubas de la Sagra”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 25 de julio de 2013, aprueba el expediente para la licitación del contrato denominado “servicio de gestión integral de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Cubas de la Sagra”, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El contrato se califica como mixto de suministro y servicios, siendo predominante desde el punto de vista económico el suministro. El valor estimado asciende a 5.600.775 euros.

Con fecha 17 de agosto se publica el anuncio de licitación en el “Diario Oficial de la Unión Europea”, asimismo se publica en el B.O.E y en el B.O.C.M de 2 de septiembre.

Segundo.- En la Cláusula 2.16 “Especificaciones de las empresas” del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas (PCEA), se exige a los licitadores, que “habrán de acreditar las clasificaciones siguientes:

Grupo I; Subgrupo 1; Categoría E.

Grupo I; Subgrupo 6; Categoría E.

Grupo P; Subgrupo 1; Categoría D.

Grupo I; Subgrupo 9; Categoría E.

Además, las empresas deberán justificar fehacientemente llevar actualmente el mantenimiento de mínimo 60.000 puntos de luz de alumbrado público exterior en el territorio nacional con contratos en vigor”.

Asimismo el artículo 3.2.1 del PCEA, que establece la documentación administrativa a entregar en el Sobre 1, contempla la obligación de los licitadores de presentar dichos certificados.

Por otra parte el artículo 1.1 del PCEA señala como antecedente que “los datos obtenidos por la auditoría energética del alumbrado exterior del Ayuntamiento de Cubas de la Sagra, determinan que tiene un inventario de 1.909 lámparas instaladas”.

La cláusula 1.2 del PCEA recurrido, determina como objeto del contrato el cumplimiento de las siguientes prestaciones:

- Prestación P1. GESTIÓN ENERGÉTICA: Gestión energética y de explotación, incluida la gestión del suministro energético para el funcionamiento de las instalaciones objeto del contrato. Esta prestación incluye el pago de los costes de la energía consumida por las instalaciones objeto del contrato, la gestión de facturas, el control y la gestión del funcionamiento, así como la contratación de la empresa comercializadora de energía eléctrica que ofrezca las mejores condiciones económicas con tal de favorecer y garantizar la mejora económica del proyecto.
- Prestación P2. MANTENIMIENTO: Mantenimiento preventivo para conseguir el perfecto funcionamiento y rendimiento de las instalaciones de alumbrado exterior y de todos sus componentes, incluida la limpieza periódica de éstas de acuerdo con las prescripciones de la ITC-AE-06 del Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior.
- Prestación P3. GARANTÍA TOTAL: Reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados por el uso y envejecimiento de las instalaciones, así como localización y reparación de todas las averías (...)
- Prestación P4. OBRAS DE MEJORA Y RENOVACIÓN DE LAS INSTALACIONES CONSUMIDORAS DE ENERGÍA: Realización y financiación de las obras de mejora y renovación de las instalaciones de alumbrado exterior que se especifican en el Pliego de Condiciones Técnicas y en el Anexo A que lo acompaña. Estas obras serán ejecutadas en base a los preceptos del Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior, aprobado por Real Decreto 1890/2008 de 14 de noviembre. Las obras anteriormente indicadas serán ejecutadas y financiadas por el adjudicatario mediante los ahorros conseguidos dentro del periodo de vigencia del contrato, y no tendrán repercusión económica sobre el presupuesto de este contrato.
- Prestación P6. TRABAJOS COMPLEMENTARIOS (...).

Tercero.- El 29 de agosto la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI) presenta en Correos anuncio previo a la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el PCEA del contrato. El escrito es recibido el 30 de agosto.

Con fecha de 29 de agosto de 2013 AMI presenta en Correos dirigido a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento un escrito que fue recibido el día 30.

El escrito alega, en primer lugar, exigencia de un criterio de solvencia técnica o profesional desproporcionado en relación al objeto del contrato. En segundo lugar, incompatibilidad entre la exigencia de clasificación y solvencia. Considera que se debe proceder a la urgente modificación del criterio de acceso de las ofertas referido, dejándolo sin efecto. Con ello se permitiría (o lo que es lo mismo, no se cercenaría) que las empresas interesadas en licitar puedan hacer sus ofertas en plano de igualdad, facilitando con ello la libre competencia que debe de regir en todo concurso por procedimiento abierto.

Señala que ad cautelam, dada la brevedad de los plazos, y para el supuesto de no ser atendida la petición efectuada, este escrito tendrá el carácter de recurso especial en materia de contratación.

Finaliza solicitando, en primer lugar, la urgente modificación de los artículos 2.16 y 3.2.1 del PCEA del concurso referido en cuanto se exige a los licitadores justificar fehacientemente llevar actualmente el mantenimiento de mínimo 60.000 puntos de luz de alumbrado público exterior en el territorio nacional con contratos en vigor. En segundo lugar, que para el supuesto de no accederse a lo anterior por el órgano de contratación, y con carácter subsidiario, tenga por formulado recurso especial en materia de contratación, frente a meritada exigencia, y por lo expuesto, se dicte Resolución en virtud de la cual, se proceda a anular la exigencia dispuesta en los artículos 2.16 y 3.2.1 del PCA, en lo referente a la justificación fehaciente de llevar actualmente el mantenimiento de mínimo 60.000 puntos de luz de alumbrado público exterior en el territorio nacional con contratos en vigor.

Cuarto.- No atendida por el órgano de contratación ni la solicitud planteada ni la adopción de las medidas cautelares solicitadas, con fecha de 13 de septiembre de 2013, se remite el recurso especial en materia de contratación y el expediente al Tribunal para que resuelva, junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. En el mismo se hace una mera relación de hechos. El informe fue ampliado el 25 de septiembre considerando que la Ley admite que en contratos de suministro en los que se exija obras de colocación o instalación, puedan solicitarse la acreditación especial de determinados conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad a los efectos de evaluar la capacidad de las empresas.

Quinto.- Con fecha 25 de septiembre de 2013, el Tribunal acordó suspender la tramitación del expediente de contratación del “Servicio de gestión integral de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Cubas de la Sagra”, a partir del día siguiente al de finalización del plazo de presentación de ofertas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar cabe examinar si se cumple el requisito procedimental de legitimación activa necesario para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP).

La legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza, confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio o evitar un perjuicio.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre “Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252] , F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173] , F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)”.

La tendencia jurisprudencial es reiterada en el sentido de admitir la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que, en este caso, no es necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso. Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, para considerar legitimada una asociación se requiere que ostente un interés legítimo, considerando éste como el interés de sus asociados o de algunos de ellos, o un interés que afecte directamente a la asociación como tal. Además la interpretación y valoración de la existencia de legitimación ha de realizarse, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de acuerdo con el principio pro actione, superando interpretaciones restrictivas que impidan el examen de las cuestiones de fondo por cuestiones meramente formales.

En el mismo sentido el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, considera interesados en el procedimiento administrativo a las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales en los términos que la Ley reconozca. Cabe mencionar que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en el artículo 19.1.b), reconoce legitimación en dicho orden jurisdiccional a las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.

Por otra parte, es criterio constante de la jurisprudencia que para accionar en nombre de una entidad corporativa o asociativa, como requisito es necesario acreditar la existencia de un acuerdo del órgano facultado para adoptar la decisión de recurrir, como expresión de la voluntad colectiva cuyos intereses representa y defiende. Debe acudirse a la normativa especial de cada una de las clases de entidades, así como a sus normas estatutarias, a efectos de determinar qué órgano tiene atribuidas las competencias para acordar el ejercicio de acciones administrativas.

Afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 (RJ/2011/4089), citando otra de 5 de noviembre de 2008 (RJ/2009/451), que cabe discriminar entre el poder de representación que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado, y la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que ha de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien sus normas reguladoras atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima transcendencia que la justificación de la decisión de litigar tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues, siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha de constatarse que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin y que lo tome el órgano que tiene atribuida tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa

afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente. La jurisprudencia citada aunque referida a la admisibilidad de los recursos contencioso administrativos es aplicable para la interpretación de los requisitos de admisibilidad de un recurso administrativo como es el recurso especial en materia de contratación.

Una vez expuesta la anterior doctrina, podemos abordar ya el examen de la cuestión planteada respecto del presente recurso.

En primer lugar, la Asociación AMI aporta el texto de los Estatutos depositados en el Registro Nacional de Asociaciones el 3 de diciembre de 2008, en los que consta que es “una asociación empresarial independiente de ámbito nacional” que tiene entre sus fines “la promoción y defensa de la libre empresa en los sectores de mantenimiento integral y servicios energéticos así como representar a sus miembros y a la asociación ante los organismos administrativos o judiciales”.

Pueden ser socios de pleno derecho según el artículo 38 de los Estatutos “las sociedades mercantiles con trabajadores en plantilla que ejerzan en diferentes puntos del territorio nacional como actividad económica o profesional las actividades de acondicionamiento, mejora, reparación y mantenimiento de edificios, infraestructuras e industrias”.

Según se alega en el recurso, el PCEA establece una serie de requisitos para poder participar en la licitación que restringen de forma injustificada la concurrencia.

El objeto del contrato incluye las actuaciones que se han enumerado en los antecedentes de hecho, siendo fundamentalmente la gestión del suministro energético para el funcionamiento de las instalaciones objeto del contrato y el mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior. A pesar de incluir en su denominación la expresión “servicios energéticos”, del contenido de los Estatutos no se aprecia mayor vinculación con esta actividad, pues las empresas del sector de la energía no se explicitan entre las que pueden estar asociadas como miembros de AMI, ni se especifica qué tipo de energía sería la incluida dentro de su ámbito de actividad. Esto conduce, en una primera aproximación, a negar vinculación entre el objeto del contrato (gestión del suministro eléctrico) y los intereses de los representados por la asociación y falta de legitimación activa para la interposición del recurso. No obstante, dentro del objeto del contrato se encuentran recogidas actividades de mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior, obras de mejora, etc. que dando una interpretación amplia al concepto “acondicionamiento, mejora, reparación y mantenimiento de edificios, infraestructuras e industrias” que figura en los Estatutos, permite admitir una coincidencia, al menos parcial, con el objeto del contrato y, en aplicación del principio pro actione, concluir que la decisión que se adopte, representa para una entidad que asume la defensa de intereses colectivos, algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos como es la posibilidad de licitar de

sus asociados en mejores condiciones, en caso de ser estimado el recurso, por lo que cabe reconocer legitimación para la interposición del presente recurso.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso y el requisito previo de acreditación del acuerdo del órgano que tiene atribuidas las competencias para decidir el ejercicio de acciones administrativas, pues se adjunta un certificado del Secretario General en el que consta que la Junta Directiva acordó proceder a la interposición del recurso especial frente a los pliegos del servicio objeto del mismo.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PCEA correspondiente a un contrato calificado como mixto con predominio económico del suministro, cuyo valor estimado asciende a 5.600.775 euros, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1. a) y 40.2 a) del TRLCSP.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2. a) del TRLCSP. Al tratarse de un recurso contra el contenido de los pliegos, es criterio de este Tribunal, mantenido en las resoluciones anteriores atendiendo a razones de seguridad jurídica, que cuando no existe constancia de la fecha en que se ha tenido conocimiento de los pliegos, computar los quince días de plazo que establece el TRLCSP a partir del último día estipulado para la presentación de ofertas, al objeto de garantizar que los candidatos o licitadores han tenido acceso a los mismos. En el caso de los no licitadores, por aplicación del principio de igualdad, de no constar la fecha en que los pliegos fueron puestos a su disposición ha de aplicarse el mismo criterio. El artículo 44.3 del TRLCSP establece que la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. No se admite, pues la presentación en otros registros o en las oficinas de Correos, teniendo en este caso que computarse el plazo desde su entrada en el registro del órgano a que se refiere el citado artículo.

En consecuencia, el recurso especial se planteó en tiempo pues el plazo de presentación de ofertas finaliza el 7 de octubre y el recurso, aún presentado en la oficina de Correos, tuvo entrada en el órgano de contratación el 30 de agosto.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- Son dos las cuestiones fundamentales que se plantean en el recurso, de un lado la adecuación a derecho del criterio de solvencia técnica que figura en el PCAP y de otro lado la posibilidad de exigir acumulativamente la clasificación y requisitos de solvencia técnica.

Dado que la respuesta a la segunda cuestión determina la posibilidad o no de exigir solvencia y que la estimación de dicha alegación dejaría sin contenido la primera, procederemos a la resolución del asunto tratando primero de la posibilidad de exigir acumulativamente la clasificación y requisitos de solvencia.

Considera la asociación recurrente que la exigencia de solvencia además de la clasificación entraría en conflicto con el artículo 74 del TRLCSP. Si en el Pliego ya se exigen las clasificaciones antes referidas, no procedería por tanto exigir solvencia técnica adicional, pues ésta ya estaría acreditada con la clasificación.

El artículo 62.1 del TRLCSP dispone que: “Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley”. Por tanto en aquellos contratos en los que se acredite la clasificación, ésta justifica la solvencia sin que sea precisa la presentación de otros documentos. La clasificación es el único modo de acreditar la solvencia en aquellos contratos en los que por su naturaleza e importe la misma es exigible Así lo concluye la Junta consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 10/96, de 7 de marzo de 1996, “el requisito de la clasificación sustituye al de acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional y no sólo el de acreditar la solvencia técnica o profesional”.

El órgano de contratación, en su informe, entiende que el recurrente incurre en un error al considerar que la exigencia de acreditar el mantenimiento de 60.000 puntos de luz se trata de una solvencia adicional no necesaria por exigirse la clasificación de empresas. El artículo 65.1 del TRLCSP, en la redacción vigente en el momento de aprobación del PCAP, dispone que “para contratar con las administraciones públicas la ejecución de contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado”. Al tratarse la licitación recurrida de un contrato mixto de suministro y servicio, se exige la clasificación por la parte del contrato de servicio y por la parte del contrato de suministro se exige acreditar la solvencia técnica.

Puesto que ya hemos concluido que no son compatibles la exigencia de solvencia y clasificación pues ésta última ya acredita la primera, debería estimarse la pretensión de la recurrente de suprimir el requisito de solvencia, manteniendo únicamente la necesidad de acreditar la clasificación. Nada se objeta en el recurso respecto de la clasificación exigida ni de los subgrupos que se piden. Por consiguiente parecería que estamos admitiendo la misma según los subgrupos que figuran en el PCAP. No obstante, debemos analizar si es posible, en ese caso, según la naturaleza jurídica del contrato, exigir la clasificación como empresa contratista de obras (grupo I, subgrupos 1, 6 y 9) y empresa de servicios (grupo P, subgrupo 1) que figura en el PCAP.

Sexto.- En consecuencia con lo concluido en el fundamento jurídico anterior procede que analicemos en primer lugar la naturaleza jurídica del contrato según las prestaciones que figuran en el PCAP y en segundo lugar, en su caso, la adecuación de la clasificación requerida a lo previsto en la normativa de contratación del sector público.

El contenido del objeto del contrato como se han descrito en los antecedentes de hecho incluye prestaciones susceptibles de ser calificadas como suministros, servicios y obras.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del TRLCSP cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se califica como mixto y 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.

El resumen económico del presupuesto de licitación recogido en el PCAP prevé un coste de la prestación P1 de 180.038 euros actualizable según el precio de la energía y un coste de la prestación P2 de 70.000 euros. La garantía total P3 no supone coste y las mejoras de la prestación P4 serán ejecutadas y financiadas por el adjudicatario mediante los ahorros conseguidos durante el periodo de vigencia del contrato.

Resultando ser la gestión energética de la prestación P1 la de mayor importancia desde el punto de vista económico, ésta determina la calificación del contrato a efectos de su adjudicación. En este sentido se pronuncia la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 23 de julio de 2009, sobre modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para la prestación de suministro de energía y gestión energética en edificios públicos. Este pliego con unas prestaciones similares a las del que estamos analizando se indica que “el presente contrato tiene naturaleza administrativa, y sin perjuicio de que quede definido el régimen jurídico de contratación en el presente pliego de cláusulas administrativas particulares atendiendo a su condición de contrato mixto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Contratos del Sector Público, se rige por las normas aplicables al contrato de suministro así como por las disposiciones aplicables a las restantes prestaciones que constituyen su objeto”.

De acuerdo con esta calificación del contrato, procede ahora analizar la adecuación de la clasificación que figura en el PCAP. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 del TRLCSP la clasificación solo es exigible en los contratos de obras y servicios en las condiciones y umbrales que el mismo establece.

El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 29/10, de 24 de noviembre de 2010, argumenta que “no es conforme con el artículo 12 de la Ley de Contratos del Sector Público ni con la interpretación que esta Junta viene dándole, referida al precepto regulador de la cuestión en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en concreto su artículo 32.2 y en el Reglamento General de la

Ley de Contratos de las Administraciones Pública en su artículo 52, precedentes de la regulación de tal aspecto en la actual Ley de contratos del sector público, en cuyo artículo 56.5 señala por referencia al tipo de contrato al que opten, ya sea de obras o de servicios. Así en los informes, entre otros, 24/96, de 30 de mayo de 1996, y 31/04, de 12 de noviembre de 2004, esta Junta considera que el artículo 6 de la antigua Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, equivalente al actual artículo 12 de la Ley de Contratos del Sector Público, supone que “en los contratos mixtos la prestación más importante desde el punto de vista económico determina la aplicación total de las normas que definen su régimen jurídico sin que quepa acudir a las relativas a otro tipo de contratos”.

Nótese que el ámbito del criterio de la prestación económicamente más relevante ha quedado limitado en el actual artículo 12 de la Ley de Contratos del Sector Público a la determinación del régimen jurídico aplicable a la adjudicación, debiéndose aplicar la denominada técnica de la yuxtaposición de regímenes jurídicos en lo que se refiere a la preparación y ejecución del contrato. Dentro de las normas que rigen el procedimiento de la adjudicación del contrato se encuentran aquéllas que regulan la clasificación de empresas contratistas. De lo que sigue que, tal y como se indica en los informes arriba reseñados, la clasificación o clasificaciones exigibles a los licitadores deberán determinarse con arreglo a ese único régimen jurídico. Así, “de considerarse la aplicación de la normativa correspondiente a los contratos de servicios, en función de la importancia económica de sus prestaciones, la clasificación o clasificaciones que habría que exigirse a los licitadores sería la que resultara de lo establecido en el artículo 46, en relación con el artículo 36, ambos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en función del importe que se atribuye a las diferentes prestaciones propias de los contratos de servicios”.

En el caso que nos ocupa el contrato ha sido calificado como contrato mixto, dado que incluye prestaciones de servicios de mantenimiento y el suministro de energía eléctrica. La prestación más importante desde el punto de vista económico es el suministro de energía eléctrica. Esto supone que para determinar las normas que deben observarse en su adjudicación se atenderá a las previstas en el TRLCSP para este tipo de contratos (suministro) y entre ellas figuran los medios para acreditar la solvencia, no estando prevista para este tipo de contratos su acreditación mediante la clasificación, por lo que será necesario acreditar la solvencia económico y financiera y la técnica o profesional por alguno de los medios que el TRLCSP establece con carácter exhaustivo para los contratos de suministro.

Tal como dispone el artículo 65 del TRLCSP la clasificación de las empresas solo es exigible en los contratos de obras o determinados contratos de servicios. No obstante, aún teniendo el contrato la calificación de suministro se exige clasificación como contratista de obras y de servicios. En consecuencia con lo expuesto, en el presente contrato no sería aceptable la exigencia de clasificación.

Esto determina la nulidad de la cláusula impugnada y, en consecuencia del procedimiento de adjudicación, debiendo proceder, de mantenerse la necesidad, a convocar una nueva licitación ajustada a los términos de esta Resolución.

Séptimo.- Como consecuencia de la resolución de la cuestión planteada en el fundamento anterior en cuanto que son incompatibles la exigencia de clasificación y acumulativamente de solvencia, no sería necesario resolver sobre la adecuación a derecho del nivel de solvencia que se solicita acumulativamente. Pero la calificación del contrato, como mixto de suministro y servicios y dada la preponderancia económica del primero impide la exigencia de clasificación. Por tanto, de procederse a una nueva licitación han de incluirse criterios de solvencia económica y financiera y técnica o profesional, procediendo pronunciarse sobre la legalidad del criterio de solvencia que figura en el PCAP impugnado.

La exigencia requerida consiste en “justificar fehacientemente llevar actualmente el mantenimiento de mínimo 60.000 puntos de luz de alumbrado público exterior en el territorio nacional con contratos en vigor”.

Según la recurrente se está exigiendo como requisito de solvencia técnica o profesional una experiencia en unas cifras más de 30 veces superior a la que supone objeto del contrato, tal como consta en el artículo 1.1 del PCAP (1.909 lámparas instaladas en el municipio de Cubas de la Sagra), sin que ello encuentre justificación, lo que supone una clara limitación de la competencia al impedir el acceso a la licitación a empresas de acreditada solvencia ante contratos como el que se licita.

El órgano de contratación considera que el artículo 78.2 del TRLCSP determina que “en los contratos de suministro que requieran obras de colocación o instalación, la prestación de servicios o la ejecución de obras, la capacidad de los operadores económicos para prestar dichos servicios o ejecutar dicha instalación u obras podrá evaluarse teniendo en cuenta especialmente sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad”. De lo que se desprende que la Ley admite que en contratos de suministro en los que se exija obras de colocación o instalación, puedan solicitarse la acreditación especial de determinados conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad a los efectos de evaluar la capacidad de las empresas.

Argumenta el órgano de contratación que se trata por tanto de un objeto contractual heterogéneo y que presenta una especial dificultad técnica como es la realización de obras de mejora y renovación de las instalaciones de alumbrado exterior. Este hecho, unido a que la duración del contrato es por 18 años más dos prórrogas, que el valor estimado del contrato asciende 5.600.775,00 euros y que se trata de un servicio municipal de prestación obligatoria, tal y como determina el artículo 26.1 a) de la Ley 7/1985, del 2 de abril, Reguladora de las bases de Régimen Local, hace conveniente que, en aras de garantizar una correcta ejecución del objeto del contrato, se exijan formas de acreditar una determinada experiencia con el fin de buscar un perfil de solvencia técnica adecuado al objeto del contrato. A tenor de lo anterior y con el fin de

garantizar una ejecución adecuada del objeto contractual, el órgano de contratación considera que solicitar como medio de solvencia técnica la justificación de una experiencia en el mantenimiento de 60.000 puntos de luz es adecuada y proporcional al objeto del contrato.

Tal y como dispone el artículo 62.2 del TRLCSP, los requisitos mínimos de solvencia deberán estar vinculados al objeto y ser proporcionales al contrato. El citado artículo dispone que, para contratar con el sector público, los empresarios deberán acreditar que poseen las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y técnica o profesional que se determinen por el órgano de contratación, requisito que será sustituido por la clasificación cuando sea exigible por dicha Ley.

La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determine por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79 del TRLCSP. Los criterios de solvencia han de cumplir una serie de requisitos que limitan la inicial discrecionalidad del órgano de contratación, figurar en el anuncio de licitación y Pliego, han de estar vinculados al objeto e importe del contrato, ser uno de los enumerados en la Ley según el tipo de contrato y no producir efectos discriminatorios.

El fin que se persigue mediante la exigencia de la acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos, según se recoge en el considerando 39 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, constituye una de las facultades de los Estados miembros para garantizar la aptitud de los licitadores para la ejecución del contrato que se licita. Se trata, así pues, de un mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren.

Siendo esto así, debe concluirse que lo que al poder adjudicador interesa desde la perspectiva de la solvencia técnica o profesional es que el licitador demuestre que está en posesión de los medios, de cualquier clase, que sean necesarios para ejecutar el contrato, justificando sus conocimientos, pericia, eficacia o experiencia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien se refiere a las medidas de exclusión de licitadores por causas basadas en consideraciones objetivas y relacionadas con la aptitud profesional enumeradas en el artículo 24 de la Directiva 93/37, en sus Sentencias de 16 de diciembre de 2008 (TJCE/2008/312) *Michaniki AE contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis* y la Sentencia Caso *Assitur contra Camera di Comercio; Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, de 19 de mayo de 2009 (TJCE/2009/146), se refiere al principio de proporcionalidad en la adopción de medidas de exclusión, señalando que en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, constituye un principio general del Derecho comunitario el principio de

proporcionalidad y que las medidas que se adopten para garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo.

Como cabe constatar, por la relación entre el criterio y el objeto, dicho requisito no puede considerarse “proporcional al contrato” en cuanto excede en más de 30 veces el objeto del contrato a adjudicar, y supone una vulneración de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, así como de la salvaguarda de la libre competencia, por lo que el Tribunal considera que se trata de un requisito que excede lo necesario para seleccionar una empresa adecuada para la ejecución de los trabajos y garantizar su capacidad de ejecución y resulta desproporcionado en relación al objeto del contrato, por lo que procede la estimación del recurso. Asimismo el Tribunal aprecia que en la nueva redacción que se dé al criterio de solvencia no es aceptable un criterio de territorialidad como el que figura en el actual, pues ha de ser indiferente dónde se haya adquirido la experiencia. Tampoco será admisible el requisito que los contratos de mantenimiento están actualmente en vigor. La nueva redacción ha de adecuarse a lo dispuesto en el artículo 77 del TRLCSP.

En consecuencia no procede la exigencia del citado criterio de solvencia, ni en esta licitación ni, en su caso, en la futura licitación que se convoque, manteniendo el mismo objeto contractual.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

III. ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por Don F.S.H., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI), contra el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas que han de regir la contratación del “servicio de gestión integral de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Cubas de la Sagra”, declarando la nulidad del apartado 2.16 del PCEA y en consecuencia del procedimiento de adjudicación convocado, debiendo modificarse en los términos indicados en los fundamentos de esta Resolución, procediendo, en su caso, a una nueva licitación.

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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.