

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

Resolución nº 340/2019

En Madrid, a 29 de agosto de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.G.P., en representación de la empresa Tecno Viales Aplicadas Teva S.L. (en adelante TEVA), contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones del contrato de “Servicios de conservación, mantenimiento y mejora de los distintos sistemas de seguridad para el Ayuntamiento de Alcorcón número de expediente 86/2019/ASE este Tribunal ha adoptado la siguiente RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE de fecha 28 de junio y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Alcorcón alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 1 de julio, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y división en tres lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 2.387.515 euros y el plazo de duración será de cuatro años con posible prórroga por un año más.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece:

“Cláusula 1.- Características del contrato

1.- Definición del objeto del contrato:

El presente Pliego tiene por objeto regular las condiciones para la contratación de los servicios de conservación y mantenimiento de los sistemas de Video vigilancia y Control de accesos y sus

comunicaciones, garantizando el nivel de servicio y de prestaciones de los equipos y dispositivos, mediante todas las operaciones necesarias indicadas en cada uno de los lotes:

LOTE Nº 1. SERVICIO DE CONSERVACIÓN, MANTENIMIENTO Y MEJORA DE LOS SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA Y SUS COMUNICACIONES.

LOTE Nº 2. SERVICIO DE CONSERVACIÓN, MANTENIMIENTO Y MEJORA DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE ACCESO Y SUS COMUNICACIONES.

LOTE Nº 3. SERVICIO DE CONSERVACIÓN, MANTENIMIENTO Y MEJORA DE LOS SISTEMAS DE ALARMAS Y SUS COMUNICACIONES.

Además, el objeto del contrato se extenderá a la ejecución de aquellas nuevas instalaciones que sean necesarias realizar y que incrementarán a la existentes durante la vigencia de cada lote.

Código CPV: 50000000-5 Servicios de reparación y mantenimiento

Código NUTS: ES300 - Comunidad de Madrid.

3.- Presupuesto base de licitación y distribución por anualidades:

Se trata de un presupuesto máximo por lo que cada lote se adjudicara por el total. Importe sin IVA

Lote 1: 761.085,35 euros

Lote 2: 683.913,65 euros

Lote3: 215.774,84euros

La financiación se efectuará con cargo a las siguientes anualidades:

<i>Anualidad</i>	<i>Lote 1</i>	<i>Lote 2</i>	<i>Lote 3</i>
<i>Año 2019</i>	<i>32.829,72</i>	<i>19.611,44</i>	<i>2.400,31</i>
<i>Año 2020</i>	<i>246.978,32</i>	<i>248.529,63</i>	<i>63.578,35</i>
<i>Año 2021</i>	<i>228.978,32</i>	<i>203.668,63</i>	<i>60.817,50</i>
<i>Año 2022</i>	<i>223.978,32</i>	<i>192.668,63</i>	<i>69.056,65</i>
<i>Año 2023</i>	<i>188.148,60</i>	<i>163.057,19</i>	<i>65.234,74</i>
<i>TOTAL</i>	<i>920.913,28</i>	<i>827.535,52</i>	<i>261.087,55</i>

4.- Solvencia económica, financiera y técnica:

Para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario; pudiendo acreditar la solvencia económica y financiera y técnica o profesional con los criterios y requisitos mínimos que se indican a continuación o con el certificado de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato, según el Vocabulario común de contratos públicos.

Por tanto, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación y categoría de clasificación correspondientes al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en este apartado.

4.1. Acreditación de la solvencia económica y financiera:

De conformidad con el artículo 87 de la LCSP, el criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación. Para ello todos los licitadores aportarán declaración responsable de conformidad con el modelo que figura en el anexo V de este pliego.

Criterio de solvencia económica y financiera para cada lote: un volumen de negocios en actividades coincidentes con el objeto de cada lote de al menos un millón de euros en cada uno de los tres últimos años”.

Tercero.- El 22 de julio de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de TEVA en el que solicita la nulidad de la cláusula 4 del PCAP por ser desproporcionada la solvencia económica y financiera requerida y por no constar debidamente el grupo, subgrupo y categoría de clasificación suficiente para acreditar dicha solvencia.

El 16 de agosto de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

En su escrito al recurso manifiesta que tras las alegaciones recogidas en el recurso, se allana y admite la desproporción de la solvencia económica requerida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador “cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de la licitación fue publicado en la PCSP el 1 de julio de 2019, poniéndose en ese mismo momento los pliegos a disposición de los licitadores e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 22 de julio de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones de un de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la solvencia económica requerida, tanto en su cuantía como en su forma de acreditación.

Por lo que respecta a su cuantía el recurrente considera desproporcionada la solicitud de un volumen de negocios de al menos un millón de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios y para cada lote.

El órgano de contratación se allana a la pretensión del recurrente indicando: “A la vista de los expuesto, se considera prudente subsanar la infracción detectada”.

Como manifestara este Tribunal en su Resolución nº 45/2015, de 11 de marzo de 2015, “El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial

en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa). Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo”. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión.

En cuanto a la proporcionalidad en la determinación de la solvencia este Tribunal en su Resolución 187/2015 de 18 de noviembre, señaló que “La condición de que el criterio de solvencia sea proporcional al objeto del contrato es un concepto jurídico indeterminado, por lo que para conocer la admisibilidad, del criterio concreto, es preciso examinar en cada caso si los parámetros establecidos en el pliego son objetivamente admisibles por guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato, sin que en abstracto pueda establecerse un porcentaje o cuantía que pueda concretar tal proporcionalidad. La proporcionalidad viene dada por la relación entre lo que se exige como requisito de solvencia y la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica, u otras circunstancias semejantes, dado que una exigencia desproporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 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”.

Siguiendo la doctrina de este Tribunal la proporcionalidad de la solvencia vendrá determinada por la relación entre lo que se exige y la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica, u otras circunstancias semejantes. Dicha justificación debe constar en el expediente de contratación.

Descritos los requisitos para la determinación de la proporcionalidad de la solvencia, se observa que la memoria justificativa del contrato pretende dicha justificación en los siguientes términos:

“5.- Criterios de Solvencia

Teniendo en cuenta que en el procedimiento abierto, de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos, se quiere suscitar la máxima concurrencia, sin embargo dada la envergadura y especialización de cada uno de los lotes del presente contrato, por tratarse de diferentes sistemas de seguridad y el control de acceso a determinadas zonas, es necesario establecer unos criterios de solvencia que garanticen que las empresas que concurren y pueden ser adjudicatarias de cada uno de los lotes, cuentan con los medios y experiencia suficiente para la ejecución del contrato. Considerando lo anterior, a continuación se indican los criterios y medios de acreditación de la solvencia requerida:

Solvencia económica y financiera: un volumen de negocios en actividades coincidentes con el objeto de cada lote, al menos, un millón de euros en cada uno de los tres últimos años. Para ello los licitadores declararán que, en caso de ser propuestos adjudicatarios, presentarán como medio de acreditación de la cifra de negocios las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios”.

Este Tribunal considera insuficiente la justificación efectuada para determinar la acreditación de la solvencia con un volumen de negocios anual de un millón de euros para cada lote.

A mayor abundamiento se ha de destacar que el artículo 87.3 a) LCSP refiere el volumen de negocios mínimo exigible a una vez y media de la anualidad media del contrato y cuando este extremo no se concrete en el PACP, se requerirá el mismo porcentaje antes determinado como mínimo. Por todo ello podemos entender que esta anualidad y media es el punto de partida a partir del cual se podrá reducir en casos justificados o se podrá incrementar cuando las condiciones técnicas de la contratación lo hagan preciso, siempre que quede perfectamente justificado en el expediente, pues de lo contrario estaríamos ante una cláusula que coartaría la libre concurrencia y la competitividad.

La cláusula 3 del PCAP precisa la cuantía del contrato y su división en anualidades, resultando las siguientes cuantías:

	Anualidad	1,5 anualidad
Lote 1	230.228 euros	345.342 euros
Lote 2	206.883 euros	310.325 euros
Lote 3	65.271	97.907 euros

Se observa que el requerimiento de un millón de euros como volumen de negocios para cada uno de los lotes es cuatro veces superior en los lotes 1 y 2 y más de diez veces superior en el lote 3 a la cuantía establecida en el artículo 87.3.a).

Así mismo no hay que obviar que según el apartado 1.a) del mismo artículo, el volumen de negocios requerido será sobre uno de los tres últimos ejercicios y no como solicita el Ayuntamiento de Alcorcón en los tres últimos ejercicios.

Este Tribunal considera que el volumen de negocios requerido por el Ayuntamiento de Alcorcón en el contrato que nos ocupa es desproporcionado, conculcando la libre concurrencia y la competitividad.

Por todo ellos se estima el recurso en base a este motivo, debiéndose anular los pliegos de condiciones y modificándose este extremo en unos nuevos pliegos en el caso de que persista la necesidad de la contratación.

En cuanto a segundo de los motivos de recurso, el recurrente mantiene que la limitación de acreditación de solvencia, técnica o profesional que se establece en el Pliego es contraria al artículo 77 de la LCSP, que exige a la Administración que al empresario se le den dos posibilidades de acreditar la solvencia, una mediante la clasificación o bien cumpliendo los requisitos que se establezcan en el Pliego. En este caso no se establece la posibilidad de acreditar solvencia mediante la clasificación, al determinar erróneamente el CPV correspondiente al objeto del contrato y omitir el grupo, subgrupo y categoría de clasificación que corresponde a cada lote.

Se comprueba que la cláusula primera del PCAP determina que el CPV correspondiente a esta contratación es el 50000000-5, Servicios de reparación y mantenimiento, en lugar del correcto que sería el número 50600000-4 servicios de reparación y mantenimiento de equipos de seguridad. Se comprueba así mismo que la cláusula 4 del PCAP permite la acreditación de la solvencia mediante aportación de la clasificación económica correspondiente al CPV ya designado, pero no determina el grupo concreto, subgrupo y categoría que correspondería a cada lote según lo establecido en los artículos 37 y 38 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Es preciso destacar que el artículo 77.1b) de la LCSP establece que el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones establecerán los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnico y profesional tanto en los términos establecidos en los artículos 87 y 90 de la ley como en términos de grupo, subgrupo de la clasificación y categoría mínima exigible.

Este Tribunal en su Resolución 183/2014 de 22 de octubre ya se pronunció sobre la obligatoriedad de indicar en el PCAP el grupo, subgrupo y categoría necesaria para la acreditación de la solvencia económica. El Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 183/2016 de 4 marzo, invoca la anteriormente citada y asume la doctrina considerando indispensable la determinación del grupo, subgrupo y categoría a fin de acreditar la solvencia económica y financiera o técnica y profesional mediante la clasificación económica de la empresa.

Ante la ausencia en el anuncio de licitación o en el PCAP de la determinación del grupo, subgrupo y categoría correcta de la clasificación empresarial por la que acreditar la solvencia económica y profesional, deviene nulos los pliegos de condiciones que rigen la adjudicación del contrato recurrido, por lo que en consecuencia se estima el recurso planteado en base a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.G.P., en representación de la empresa Tecno Viales Aplicadas Teva S.L., contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones del contrato de “Servicios de conservación, mantenimiento y mejora de los distintos sistemas de seguridad para el Ayuntamiento de Alcorcón número de expediente 86/2019/ASE”, anulando los pliegos de condiciones que deberán subsanar las infracciones determinadas en el fundamento de derecho quinto, en el caso de que siga interesando la contratación del servicio.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.