

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

Resolución nº 55/2016

Madrid, 17 de marzo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don J.A.M., en nombre y representación de Andaluza de Tratamiento de Higiene S.A. (Athisa), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del “Servicio integral de recogida y atención de los animales, gestión del centro de atención animal y supervisión del bienestar animal”, nº expediente 20106001SER, tramitado por el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid convocó procedimiento abierto, para la adjudicación, mediante tramitación ordinaria y pluralidad de criterios, del mencionado contrato. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOE de 18 de febrero. El valor estimado asciende a 1.447.227,96 euros.

SEGUNDO.- El 4 de marzo de 2016 tuvo entrada escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Athisa en el que impugna los criterios de solvencia técnica exigidos a los licitadores y solicita:

“PRIMERO.- La modificación del pliego de cláusulas administrativas particulares suprimiendo de la cláusula XIV del mismo, apartado I, el punto 2, referido a los requisitos de solvencia técnica o profesional, sobre campañas o actividades formativas o informativas y, en todo caso, suprimiendo la referencia a la intervención de personas con reconocida repercusión mediática.

SEGUNDO.- Igualmente, la modificación del pliego de cláusulas administrativas particulares modificando de la cláusula XIV del mismo, apartado II, punto 2, referido a la experiencia exigida al personal responsable de la ejecución del contrato, conforme a lo expresado.”

TERCERO.- El 9 de marzo el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 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).

CUARTO.- Con fecha 9 de marzo, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

QUINTO.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se ha recibido escrito de alegaciones de la Asociación Abrazo Animal en el que se expone que es procedente el requisito de solvencia referido a la participación en campañas formativas/informativas para concienciar contra el maltrato y abandono animal ya que la ordenanza municipal establece el sacrificio cero y la eficacia de estas campañas se ve incrementada con la participación de personas con reconocida repercusión mediática o social, herramienta que en el transcurso de su gestión al frente del centro municipal de atención animal del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid ha constatado imprescindible para un buen nivel de adopciones. En cuanto a los requisitos sobre experiencia profesional entiende que hacen falta veterinarios de amplia y demostrada experiencia con niveles salariales adecuados a la experiencia del personal contratado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que ha presentado oferta en el procedimiento de licitación “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP), puesto que la posible estimación del recurso le permitiría licitar en condiciones más favorables.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

TERCERO.- El recurso especial se planteó en plazo, pues el anuncio fue publicado con puesta a disposición de los pliegos objeto de impugnación el 18 de febrero, siendo interpuesto el recurso, el 4 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

CUARTO.- El recurso se interpuso contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de un contrato de servicios, clasificado en la categoría 25 “servicios sociales y de salud”, con la CPV 8521000 “guarderías para animales de compañía”, cuyo importe supera los 209.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

QUINTO.- La cláusula XIV.2.I PCAP establece como solvencia técnica exigidos a los licitadores:

“Requisitos mínimos de solvencia: 1. (...)

2. Haber organizado y realizado, al menos, dos campañas y/o actividades formativas y/o informativas, durante los últimos tres años (2013, 2014 y 2015), dirigidas a promover la adopción responsable de animales y concienciar contra el maltrato y abandono animal, en la que hayan participado personas con reconocida repercusión mediática o social.

Medio de acreditación: Se debe aportar certificado/s de registro oficial, por autoridad competente o máximo representante del/de los centro/s de acogida acreditativo/s de lo anterior en el que consten, de forma pormenorizada, las actuaciones antes descritas como requisitos mínimos”.

La recurrente considera que “haber organizado, al menos, dos campañas y/o actividades formativas y/o informativas, durante los últimos tres años (2013, 2014 y 2015), dirigidas a promover la adopción responsable de animales y concienciar contra el maltrato y abandono animal, en la que hayan participado personas con reconocida repercusión mediática o social”, especialmente en cuanto hace a la participación de personas con reconocida repercusión mediática o social, “nada tiene que ver con la solvencia y cualificación de la empresa para la buena ejecución del servicio” y, por ello, entiende que “la exigencia de este requisito, en cuanto limita injustificadamente la concurrencia y crea desigualdad entre los concurrentes, es una formulación contraria a la ley”.

El informe del órgano de contratación alega que la Ordenanza Municipal de tenencia, control y protección de los animales domésticos del Ayuntamiento consagra el principio general de prohibición de sacrificio de animales, salvo que razones motivadas y fundadas en el intratable padecimiento del animal, justificadas en informe del Servicio Veterinario Municipal, recomienden su sacrificio o bien exista riesgo para la salud de las personas, igualmente acreditado mediante informe del citado Servicio Veterinario. Compatibilizar el principio general de prohibición de sacrificio de animales con una adecuada gestión del Centro de Atención Animal y el bienestar de los animales que en el mismo se encuentren, pasa, indefectiblemente, por una concienciación vecinal y una potenciación de la adopción de los animales que allí se encuentren. Justifica la necesidad del requisito de solvencia. Justifica que el PCAP acoja prestaciones concretas encaminadas a lograr la máxima concienciación y sensibilización en la tenencia y, más si cabe, en la adopción responsable de animales, pues, a la vista del sacrificio cero establecido en la Ordenanza Municipal, hay que buscar un destino adecuado y responsable para los animales que entran en el Centro. Teniendo en consideración los principios de discrecionalidad y proporcionalidad que rigen la contratación pública, debe tenerse en cuenta que este contrato es de tal naturaleza que la finalidad proteccionista perseguida y la necesidad de dar salida a los animales que se encuentran en el Centro mediante su acogida o adopción, conlleva a la necesidad de

concretar unos requisitos de solvencia adaptados tanto al objeto del pliego como a las prestaciones que se deben asumir, por lo tanto, a requerir que los licitadores acrediten capacidad estructural y dinámica para cumplir, adecuadamente, dicha finalidad. Al efecto el órgano de contratación considera que la mejor manera de determinar el requisito de solvencia en esta línea, es recurrir a la experiencia previa en la realización de campañas formativas o informativas en las que hayan participado personas con especial repercusión mediática o social.

A efectos de analizar lo alegado cabe recordar que el órgano de contratación determinará los documentos, de entre los previstos en los artículos 75 a 79 del TRLCSP para acreditar la solvencia y los requisitos que se van a exigir, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo. Así lo dispone el artículo 62 del TRLCSP.

La necesidad de garantizar el buen fin de los contratos a celebrar, permite a los órganos de contratación asegurarse de que el empresario que concurra a la licitación reúna unas condiciones mínimas de solvencia, pero esas condiciones, que puede fijar el órgano de contratación, deben ser especialmente respetuosas con los principios de la contratación pública.

Como ya señalábamos en nuestras Resoluciones, 20/2011 de 15 de junio, la Resolución 40/2011, de 14 de julio, o la 18/2012, de 22 de marzo, la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa atinentes a características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta. Esta diferenciación se ha utilizado, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto, es atinente a las características objetivas de la empresa, independientemente del producto o servicio ofertado.

El contrato que se licita, como señala el PCAP en su cláusula I, tiene por objeto la prestación y desarrollo del servicio integral de recogida y atención de animales, gestión del Centro Municipal de Atención Animal y supervisión del bienestar animal mediante la búsqueda activa de la adopción responsable.

El hecho de haber realizado durante la ejecución de otros contratos una campaña formativa o informativa supone un reconocimiento de solvencia de la empresa que acredita su capacidad y experiencia en la realización de estas campañas. Sin embargo la condición de que en la campaña hayan participado personas de reconocida repercusión mediática o social es una medida vinculada, no a las características de la

empresa, sino a la mejor ejecución del contrato y por ello, su valoración ponderada, si se desea, debería constar en otro apartado como pueden ser los criterios de valoración de la oferta. A la necesidad de llevar a efecto labores y prestaciones encaminadas a captar la mayor concienciación social dedica el pliego numerosos apartados y entre los criterios de adjudicación figuran las campañas/actividades informativas y formativas, valorables, con hasta 15 puntos, en la cual se puede proponer la promoción y difusión del servicio de acogida y adopción de animales del centro municipal y la concienciación contra el maltrato y abandono animal. Figura expresamente como valorable “captar o conseguir la participación en tales campañas de personas con reconocida repercusión mediática o social.” Es igualmente valorable con 10 puntos el proyecto de gestión del servicio, entre cuyo contenido debe figurar “protocolo/medidas para la promoción de la acogida y adopción, máximo 2 puntos al licitador cuya propuesta alcance en mayor medida el objetivo”.

La exigencia de este requisito no afecta directamente a la solvencia empresarial para la buena ejecución del contrato sin perjuicio de su posible inclusión como un criterio a tener en cuenta y que debería considerarse, en su caso, como criterio de la valoración de la ofertas, en la fase de adjudicación del contrato. Dicha exigencia supone una restricción a los principios de objetividad y libre concurrencia dando lugar a desigualdad y discriminación entre las empresas concurrentes.

Sexto.- El apartado 2.II, de la cláusula XIV del PCAP, también, objeto de impugnación, dispone lo siguiente: “Requisitos mínimos de solvencia: cada licitador debe acreditar contar con personal suficiente para desarrollar adecuadamente las prestaciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas y asumir la buena ejecución del contrato en los términos contenidos en el PPTP. Se debe acreditar contar con:

- Coordinador y responsable del servicio, con al menos:
 - Titulación Grado/Licenciatura o equivalente.
 - 5 años de experiencia de carácter pedagógico en materia de protección y bienestar animal, con capacidades demostrables de difusión y concienciación social en la materia, y con habilidades sociales y comunicativas generales.

- Personal veterinario, al menos dos veterinarios con los siguientes requisitos mínimos:
 - Titulación de Grado/Licenciatura o equivalente en Veterinaria.
 - 5 años de experiencia.
 - Especialización en esterilizaciones de gatos ferales.

- Personal técnico-operario para la recogida de animales y su mantenimiento, al menos dos operarios con los siguientes requisitos mínimos:

- 3 años de experiencia en tales funciones.
- Posesión de carnet de conducción en vigor.

- Personal administrativo/auxiliar administrativo, al menos dos personas con los siguientes requisitos mínimos:

- 2 años de experiencia en tareas administrativas y de gestión básicas: recepción, registro, transmisión de información y de documentación; tratamiento de datos, y conocimiento y manejo avanzado de herramientas informáticas básicas (Office avanzado).

Medios de acreditación: se deberá presentar declaración responsable en la que conste la relación de personal que se propone adscribir al contrato, declarando ser suficiente, junto con el curriculum vitae, adjuntando las titulaciones correspondientes mediante documental oficial de las mismas que acredite haberlas cursado, mientras que para acreditar la experiencia o capacidades demostrables de difusión y conciencia social/habilidades sociales se aportarán certificados de los centros o entidades en los que se hayan realizado las actuaciones o prestado los servicios.”

Considera el recurrente, que “la experiencia exigida al personal en los apartados señalados es excesiva y desproporcionada con el objeto del contrato, y por ello, igualmente, limitativa y restrictiva de la competencia, y que sería más prudente y razonable una experiencia de tres años, en el caso de los responsables y veterinarios, de dos años en el caso técnicos-operarios, siendo suficiente la cualificación profesional del personal administrativo”. Finalmente, considera que la experiencia que se solicita “viola el principio de igualdad de trato y no discriminación y la libertad de concurrencia”.

Según informa el órgano de contratación, las actividades a desarrollar por el contratista para la ejecución y desarrollo del servicio integral que se pretende contratar se insertan en el marco de una línea estratégica consistente en el desarrollo de actuaciones sobre la población de animales domésticos atendiendo a su sanidad, bienestar y protección. Para ello, se solicita que los licitadores dispongan de la solvencia técnica mínima requerida para la prestación del servicio indicado, de forma adecuada y con las actuaciones debidas, y, a tal fin, se exige, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 78.1.e) del TRLCSP, que disponga de los medios humanos necesarios con la titulación y experiencia que se indica. Justifica el órgano de contratación que la dinámica del servicio implica la participación importante y notoria de voluntarios de ahí que, junto a la complejidad técnica del mismo, ya expuesta, así como a su importe y a su duración, deba

recurrirse a la necesidad de contar con unos perfiles profesionales mínimos fijados que aseguren y aporten la profesionalidad debida en orden a garantizar el buen fin del servicio.

El recurrente, en ningún momento, ha justificado la razón que le lleva a considerar que la experiencia ha de ser inferior a la requerida en el pliego, ni a motivar que la experiencia exigida viola el principio de igualdad de trato, no discriminación y libertad de concurrencia, ni por qué si se disminuye de cinco años a tres años, en el caso de responsables y veterinarios, y de 3 a 2 años en el caso de personal técnico-operario, desaparece la desigualdad de trato alegada.

Tal como explica el órgano de contratación, la complejidad técnica de las prestaciones deriva en la necesidad de que la profesionalidad requerida sea consecuente y alcance el nivel de exigencia que las prestaciones demandan de tal manera que, ante la prohibición de sacrificio, se atienda a los animales de la manera más rápida posible, y se consiga el mayor número de adopciones posible. No parece excesivo, por tanto, exigir que el personal dedicado al cumplimiento de las anteriores obligaciones tenga una experiencia mínima de cinco años, máxime si se atiende al objeto del contrato y a la importante cuantía económica atribuida al mismo, en la que se contempla, de forma específica, que el coste de personal imputable al contrato tiene una repercusión económica muy elevada en el total del mismo, dada la experiencia que se exige a los medios humanos cuya adscripción se solicita en vista de lo antes expuesto.

En este caso es importante recalcar que entre las obligaciones del personal técnico-operario se encuentra “tener conocimiento del comportamiento y manejo de animales”, deberá tratar y manejar animales potencialmente peligrosos y deberá realizar trabajos de enjaulamiento, operaciones realizadas con vacunaciones, eutanasias, etc. Solicitar que el personal adscrito al contrato y cuyas obligaciones sean las detalladas anteriormente, cuente con una experiencia mínima de tres años no parece que sea discriminatorio ni restrictivo, al contrario, se encuentra plenamente justificado con el objeto del contrato.

El TRLCSP en el artículo 78.h) admite como criterio de solvencia la declaración del equipo técnico que la empresa se compromete a adscribir al contrato, pero no contiene una limitación temporal respecto de la exigencia de experiencia de este personal. Como dispone el artículo 62 del citado texto los requisitos de solvencia y el medio de acreditación debe constar en los Pliegos y estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo. En el presente caso se han cumplido, los requisitos del artículo 62 del TRLCSP en cuanto que se han incluido y especificado en el pliego los relativos a la adscripción de medios y se encuentran vinculados al objeto del contrato. Resulta lógico en un contrato cuyo objeto reviste cierta especialización que se exija experiencia al personal que va a intervenir en el contrato dentro de las facultades discrecionales de la Administración.

La experiencia constituye un plus más de conocimiento y garantía en la ejecución de cualquier trabajo o servicio. Pero también entendemos que la utilización desproporcionada de dicha exigencia puede dejar desautorizadas, por el solo hecho de no contar con experiencia, titulaciones universitarias y profesionales de empresas y personas perfectamente cualificadas, con arreglo a la Ley, para el trabajo de que se les pide o solicita, máxime, cuando no se trata de trabajos de gran complejidad.

La experiencia es necesaria y garantía de solvencia, pero su utilización debe ser ponderada dentro de unos límites ya que si se usa de ella de forma desproporcionada e indiscriminada puede convertirse en un instrumento útil, no para la mejor ejecución del servicio o trabajo que se solicita, sino para eliminar a posibles competidores a la ejecución del trabajo; es decir, la experiencia requerida y la complejidad técnica del contrato deben ir de la mano, pues de otro modo afectaría a la libre concurrencia.

La proporcionalidad de la exigencia de la experiencia del PPT debe venir dada por la relación entre los años de experiencia requerida y la complejidad técnica del contrato ya que una exigencia desproporcionada afectaría a la libre concurrencia. En el presente caso la proporcionalidad viene dada por la especialización de la materia objeto del contrato, sin que los 5 años que se exigen de experiencia del personal citado resulten a juicio del Tribunal excesivos. Por ello cabe desestimar este motivo de impugnación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 parcialmente el recurso especial, interpuesto por don J.A.M., en nombre y representación de Andaluza de Tratamiento de Higiene S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del “Servicio integral de recogida y atención de los animales, gestión del centro de atención animal y supervisión del bienestar animal”, nº expediente 20106001SER, tramitado por el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, declarando la nulidad de la cláusula XIV.2.1 del PCAP, debiendo suprimir la referencia a la intervención de personas con reconocida repercusión mediática o social, procediendo, de subsistir los motivos de la contratación, a una nueva convocatoria de la 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.