

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 622/2016

Recurso nº 563/2016 C.A. Illes Balears 26/2016

Resolución nº 622/2016

En Madrid, a 29 de julio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto el 21 de junio de 2016 por D. J. M. S. G.R., en nombre y representación de la sociedad mercantil ENDESA ENERGÍA SAU, por medio del cual impugna el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento de contratación del “Suministro y servicios para la prestación del servicio integral de alumbrado exterior del término municipal de Felanitx mediante procedimiento abierto” (expediente 2016/012), este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Felanitx por medio del Departamento de Contratación, convocó mediante anuncio publicado – entre otros medios- en el BOE nº 147, de 18 de junio de 2016, así como en el DOUE S-1109 de 8 de junio de 2016, la licitación del contrato mixto denominado “Suministro y servicios para la prestación del servicio integral de alumbrado exterior del término municipal de Felanitx mediante procedimiento abierto”, (expediente 2016/012), procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un valor estimado del contrato calculado conforme al art 88 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de 7.727.980,14 euros y un plazo de duración de quince años sin posibilidad de prórroga.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato administrativo mixto de servicios y suministro en el que la prestación del suministro tiene mayor importancia económica, sujeto a regulación armonizada conforme a los arts. 2, 3 y 15 1 b de la Ley 24/2011.

Tercero. Mediante escrito presentado el 21 de junio de 2016 en el Registro General del Ayuntamiento de Felanitx, D. J. M. S. G.R., en nombre y representación de la sociedad mercantil ENDESA ENERGÍA SAU interpone recurso especial en materia de contratación, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento de contratación del “Suministro y servicios para la prestación del servicio integral de alumbrado exterior del término municipal de Felanitx mediante procedimiento abierto”, promovido por el citado Ayuntamiento (expediente 2016/012).

Cuarto. El recurso interpuesto fue precedido del anuncio previo previsto en el artículo 44.1 del RDL 3/2011 presentado junto con el recurso.

Quinto. Se ha remitido al Tribunal el expediente administrativo así como con fecha 8 de julio de 2016 se ha emitido por el órgano de contratación el informe previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 de 14 de noviembre.

Sexto. El 7 de julio de 2016 la Secretaria del Tribunal -por resolución de éste- dictó resolución por la que se concedía la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 y 46 del TRLCSP.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.4 del TRLCSP al ser el Ayuntamiento de Felanitx una Entidad Local que actúa en el territorio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, respecto de la cual este Tribunal es competente en virtud del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales suscrito el 29 de noviembre de 2012 y publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012.

Segundo. La recurrente, ENDESA ENERGÍA SAU está legitimada al haber manifestado su interés en presentar oferta en la licitación de referencia, estando las prestaciones del contrato de servicios dentro del ámbito de su objeto social por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

El acto que es objeto de recurso es el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento de contratación del “Suministro y servicios para la prestación del servicio integral de alumbrado exterior del término municipal de Felanitx mediante procedimiento abierto”, promovido por el citado Ayuntamiento (expediente 2016/012), y en concreto el motivo de la impugnación es doble: a) la incorrecta exigencia de una determinada habilitación profesional o empresarial (apartado F4 del cuadro de características técnicas del anexo IV del PCAP por entender que concurren dos defectos en su descripción en el pliego, y por otra parte, b) la exigencia de dicha habilitación, sea cual sea, a cada una de las empresas que formen la UTE en el caso de que se presenten bajo dicha forma y finalmente, c) la obligación impuesta en la cláusula 14.1.2 del PCAP, sobre el abono de los gastos de redacción e ingeniería por importe de 15.000 € en la medida en que no están a disposición de los interesados, lo que dificulta la adecuación de la oferta a las necesidades de servicio a contratar.

Tercero. De conformidad con los artículos 40.2.a) y 40.1.a) del TRLCSP el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de un contrato administrativo de suministros es susceptible de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación, siempre y cuando se trate de un contrato sujeto a regulación armonizada, (en adelante S.A.R.A.).

Cuarto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 44.4 del TRLCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 21 de junio de 2016 , fue el día 3 de junio de 2016 cuando los Pliegos fueron puestos a disposición del interesado mediante el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Felanitx, por lo que el recurso se interpone en plazo previsto en el artículo 44.2 a) del TRLCSP.

Quinto. Sobre la cuestión de fondo que plantea el recurso, cabe comenzar por la primera de las objeciones planteadas por el recurrente, sobre la legalidad o no de exigir de los licitadores la previa inscripción en el Registro del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (en adelante IDAE), como requisito de aptitud para poder licitar. La primera cuestión que se plantea es que como afirma el recurrente dicho requisito no es de solvencia, sino una condición de aptitud para contratar, es decir un mínimo legal sin el cual no cabe prestar el objeto del contrato. Su fundamento legal se encuentra en el artículo 54.2 del TRLCSP, conforme al cual:

2. Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

Como tal aptitud legal para contratar deberá ser exigida en los términos en los que la normativa sectorial a la que se refiere la exija. En este sentido el recurrente cita los artículos correspondientes del Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía.

De esa norma interesa ahora destacar su artículo 9.1 y 2 que dispone: “1. Las personas físicas o jurídicas que deseen establecerse como proveedores de servicios energéticos, deberán presentar, previamente al inicio de la actividad, y ante el órgano competente en materia de eficiencia energética de la comunidad autónoma o ciudad de Ceuta o Melilla correspondiente, una declaración responsable, para lo que se podrá utilizar el modelo del anexo II, en la que el titular de la empresa o su representante legal manifieste que cumple los requisitos que se exigen por este real decreto, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantenerlos durante la vigencia de la actividad.

2. La presentación de la declaración responsable habilita para el ejercicio de la actividad, desde el momento de su presentación, en todo el territorio español por tiempo indefinido, sin perjuicio de las posteriores comprobaciones que pueda realizar la Administración competente.”

Posteriormente el artículo 10 del Real Decreto dice que la información contenida en las declaraciones responsables presentadas, se incluirán en el Listado de Proveedores de Servicios Energéticos. Este Listado de Proveedores de Servicios Energéticos es precisamente el Registro del IDAE al que se refiere el Pliego.

Pues bien, es cierto que el requisito exigido legalmente para habilitar al empresario para prestar servicios como los del objeto del contrato, es la declaración responsable ante el órgano competente en materia de eficiencia energética, (no ante el órgano de contratación), y que la forma más sencilla de acreditar la existencia de la declaración responsable será la certificación de la inscripción de la empresa declarante en el Registro o Listado correspondiente, razón por la que el requisito que exige el Pliego es razonable.

Ahora bien, no es menos cierto que cabe la posibilidad, al menos en abstracto ya que se impugna el Pliego, que existan empresas que habiendo presentado la declaración responsable ante el órgano competente todavía no hubieran obtenido la inscripción en el Listado o Registro del IDAE, pues el propio Real Decreto

56/2016, ya prevé un mes de plazo para que el órgano competente remita la declaración responsable del correspondiente proveedor de servicios energéticos, a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. En tales casos lo cierto es que se estaría excluyendo a empresas que sin embargo habrían cumplido con el requisito de aptitud legal exigible, por lo que procede estimar el recurso en lo que se refiere a este motivo, de forma que el PCAP impugnado el exigir la condición de aptitud referida ha de admitir para su acreditación tanto la certificación del Registro correspondiente del IDAE como la presentación ante el órgano competente de la declaración responsable a la que se refiere el artículo 9.1 y 2 del Real Decreto 56/2016.

En este mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución nº 8/2011, de 2 de febrero de 2011, que es citada por el recurrente.

Aunque el órgano de contratación tiene razón al minimiza el motivo de impugnación debido a que el propio pliego exige determinados requisitos de solvencia técnica que implican necesariamente la realización en los últimos años de contratos similares al que se oferta ahora , de forma que necesariamente los licitadores habrán de estar en el citado Registro, lo cierto es que el requisito legal exigido por la norma es la declaración responsable y no la inscripción en el registro, por lo que cabe imaginar casos hipotéticos en los que existan empresas que teniendo solvencia técnica por haber prestado su actividad por ejemplo fuera de España no hayan requerido hasta el momento la citada inscripción en el Registro del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía de pendiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

En segundo lugar, se impugna el último inciso del apartado F4 del anexo IV (cuadro de características del Pliego), que en relación con el requisito de aptitud mencionado indica que: “En caso de UTE cada empresa deberá aportar y cumplir los requisitos por separado”. En este caso, el recurrente parece cambiar de criterio en cuanto a la naturaleza jurídica del requisito de aptitud exigido como requisito legal mínimo y pasa a calificarlo como criterio de solvencia técnica, calificación esta última que negó en su primer motivo de impugnación. Con independencia del criterio cambiante del recurrente, lo cierto es que la inscripción en el registro, o en su caso la declaración responsable ante el órgano competente, es un requisito mínimo de habilitación legal para poder celebrar el contrato al que se refiere el Pliego y no de solvencia técnica, pues ésta se refiere, una vez acreditado el requisito para poder ejercer la actividad, a la acreditación de un número de contratos que permitan garantizar la presentación de empresas con medios personales y técnicos suficientes para el correcto cumplimiento del contrato.

Aclarado lo anterior, cabe indicar como ya hiciera este Tribunal en su Resolución nº 130/2014, de 14 de febrero de 2014, que : “El artículo 54 del TRLCSP (Condiciones de aptitud), tras la indicación de que los contratistas deberán contar con plena capacidad de obrar, ausencia de prohibiciones y solvencia (o bien Clasificación), en su apartado 2 añade “Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”. Del tenor literal del precepto, tal y como se ha matizado por la Juntas Consultivas, se infiere que las habilitaciones empresariales son requisitos de capacidad para contratar y que no pueden ser confundidas con los propios de exigencia de solvencia técnica o profesional. Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 6/2010, indicó lo siguiente: “La habilitación empresarial o profesional recogida en el artículo 43.2 de la LCSP, es un requisito de aptitud, que faculta a quien la posee para el ejercicio de una actividad profesional determinada. Se trata, por tanto, de un requisito mínimo de capacidad técnica exigido por alguna norma para la ejecución de un determinado contrato. Pero este requisito mínimo de aptitud no puede, por sí solo, ser suficiente para la ejecución de un contrato en el ámbito de la contratación pública, por lo que deberá completarse con los requisitos precisos de solvencia económica y técnica o profesional o, en su caso, clasificación, que se requieran al licitador como aptitud para poder contratar. Por tanto, si bien la habilitación es un requisito de aptitud legal, que podríamos considerar como una capacidad de obrar administrativa específica que implica un mínimo de capacidad técnica, su relación con las demás capacitaciones técnicas exigibles como requisitos de solvencia técnica y profesional es evidente. En efecto, la LCSP relaciona en diversos artículos el requisito de habilitación con los requisitos de solvencia o, en su caso, clasificación”. Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 1/09, entiende que esta habilitación se refiere “...más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata.

Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal. En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 citado 54.2 TRLCSP-, es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal”.

Por otra parte, la norma general de la que parte el artículo 24 del Reglamento General de la Ley de Contratos, es la de la acumulación, aunque en caso de exigir la clasificación, la regla tenga características propias establecidas legal (artículo 67 del TRLCSP) y reglamentariamente (artículo 52 del RGLCAP). Regla de acumulación que, en todo caso, exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de la UTE de algún tipo de solvencia para que pueda acumularse la misma. Sin embargo, esta regla general no puede extenderse al caso en el que lo exigido es un requisito para poder contratar con la Administración en función del objeto del propio contrato, que es lo que ocurre en el presente caso con la habilitación legal que se adquiere con la declaración responsable presentada ante el órgano competente. Las UTE son un sistema de agrupación de empresas que da lugar a un ente sin personalidad jurídica, que tiene como fin la ejecución de una obra, servicio o suministro determinado. Al no tener la UTE personalidad jurídica propia, los requisitos de capacidad y solvencia –al igual que el de clasificación- y la ausencia de circunstancias que prohíban la contratación, han de referirse a los miembros que la conforman previendo la normativa de contratos que la solvencia, y en especial la clasificación cuando sea exigible, puede completarse con la que tenga el resto de miembros de la UTE. Ahora bien ello no permite que basta con que una de las empresas de la UTE no esté incurso en ninguna de las causas de prohibición o solo una de ellas tenga aptitud legal para prestar el objeto del contrato. Una cosa es que la legislación favorezca la unión de los recursos de empresas para facilitar la concurrencia y otra muy distinta que se extienda hasta el punto de aceptar en dichas uniones empresas que ni siquiera podrían prestar el objeto del contrato con los requisitos numos que pudieren ser exigidos. Incluso cuando se trata de extender la clasificación concreta de una de las empresas de la UTE se exige que la otra también al menos esté clasificada.

En estos casos, como también ha indicado este Tribunal en la Resolución nº 525/2016 de 1 de julio de 2016, al tratar de la posible integración de la solvencia por medios ajenos que “...aunque el empresario puede acogerse a lo dispuesto en el artículo 52 de la LCSP (art. 54 del TRLCSP) para acreditar su solvencia, ha de cumplir asimismo lo previsto en el artículo 43.1 (art. 63 del TRLCSP), por lo que será requisito indispensable para contratar con el sector público que acredite un mínimo de solvencia mediante medios propios, con independencia de que el resto lo pueda acreditar con medios ajenos, conforme a lo previsto en los artículos 51 y 52, pues, de lo contrario, no se le podría considerar apto para contratar con el sector público, al incumplir lo dispuesto en el artículo 43.1 de la LCSP (art. 63 TRLCSP).”.

Pues bien dado que la habilitación legal exigida es un requisito mínimo para contratar y no un requisito de solvencia, y es un requisito son el que no cabe realizar la actividad objeto del contrato, dicho requisito habrá de concurrir en cada una de las empresas, tal como establece el citado art. 24 del Reglamento General y 54 del TRLCSP, por lo que procede la desestimación de este motivo del recurso.

En tercer lugar, se impugna el Pliego, y la cláusula vista hasta ahora (apartado F4 del anexo IV (cuadro de características del Pliego), por considerar que no procede exigir que los licitadores estén habilitados como empresas prestadoras de servicios o instaladoras de instalaciones eléctricas tanto de baja como de alta tensión siendo este requisito (referido a la alta tensión) considerado desproporcionado con el objeto del contrato ya que este no exige la gestión de instalaciones de alta tensión. Se denuncia con ello la vulneración del principio de concurrencia.

En este sentido obra en el expediente del recurso un escrito de 22 de junio de 2016 de la Asociación de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y de Telecomunicaciones de Mallorca (ASINEM), que pone de manifiesto la improcedencia de este requisito, ya que la totalidad de las instalaciones a gestionar en el contrato son de baja tensión.

Se trata por tanto de un requisito se alcance esencialmente técnico, en el que corresponde, a la vista del objeto del contrato, que el órgano de contratación justifique las razones por las que exige la citada aptitud legal referida a la habilitación como empresa prestadora de servicios en alta tensión. En este sentido el informe emitido por el Órgano de Contratación, se limita a indicar que dada la duración del contrato (15 años) y la imposibilidad de prever todas las contingencias que se puedan producir durante tanto tiempo entre las que alude a la posibilidad de que sea necesario la instalación de un Centro de Transformación, para lo cual sería necesario la discutida habilitación. Pone dos ejemplos de licitaciones similares en los que no ha habido limitación de concurrencia, como son licitaciones de los Ayuntamientos de Burriana y San Sebastián de los Reyes.

En estos términos, la explicación que ofrece el órgano de contratación, pone de manifiesto que a la vista de la descripción del objeto del contrato no está prevista expresamente la realización de servicios que requieran estar habilitado como empresa prestadora de servicios en alta tensión, ya que tanto la gestión como el mantenimiento de las instalaciones se refiere a las actuales, sobre las que no se discute que son de baja tensión. Por tanto una posibilidad como la que indica el órgano de contratación (instalación en e l futuro de un centro de transformación), no deja de ser una hipótesis que no encaja con lo que debe constituir el objeto cierto de un contrato, y que precisamente por no estar contemplada en él de forma expresa quedaría fuera de su objeto. La referencia sin más a la contratación de otros dos Ayuntamientos como los mencionados, sin ninguna argumentación sobre las necesidades de sus respectivas contrataciones o la expresión de sus respectivos objetos, impide tomar en consideración su cita como argumento válido.

En consecuencia al no constar en los Pliegos prestaciones para las que sea necesaria la habilitación como empresa prestadora de servicios de alta tensión, dicho requisito limita la libre concurrencia de posibles licitadores y ha de reputarse contrario al TRLCSP.

Por último, el motivo referido a la obligación impuesta en la cláusula 14.1.2 del PCAP, sobre el abono de los gastos de redacción e ingeniería por importe de 15.000 € en la medida en que no están a disposición de los interesados, no ha de ser atendido a la vista de las alegaciones del órgano de contratación que indica que ciertamente se encuentra a disposición de todos los licitadores en el perfil del contratante a la vez que reconoce que su conocimiento es esencial para poder formular oferta por los licitadores. Por tanto no existe controversia alguna que dirimir, ya que el recurrente no se niega al pago de la cantidad prevista en el Pliego, siempre que pueda disponer de los referidos estudios de redacción e ingeniería.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J. M. S. G.R., en nombre y representación de la sociedad mercantil ENDESA ENERGÍA SAU, por medio del cual impugna el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento de contratación del “Suministro y servicios para la prestación del servicio integral de alumbrado exterior del término municipal de Felanitx mediante procedimiento abierto“, promovido por el citado Ayuntamiento (expediente 2016/012), y declarar nulo el apartado F4 del anexo IV (cuadro de características) del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares, por: a) exigir la previa inscripción en el Registro del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, como requisito de aptitud para poder licitar en lugar de acreditación de haber presentado la declaración responsable ante el órgano competente en materia de eficiencia energética, al que se refiere el Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, y b) exigir que los licitadores estén habilitados como empresas prestadoras de servicios o instaladoras de instalaciones eléctricas de alta tensión, siendo desestimado el recurso respecto de los otros dos motivos alegados tal como se motiva en el precedente fundamento de derecho cuarto.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.