

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

En Madrid, a 10 de abril de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don J.H.A., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación de “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público exterior del Ayuntamiento de El Álamo” expte: P 01/14, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Pleno del Ayuntamiento de El Álamo, en sesión celebrada el 13 de febrero de 2014, acordó aprobar el expediente para la licitación del contrato denominado “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público exterior del Ayuntamiento de El Álamo”, 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 4.388.418 euros y su duración a 18 años.

Con fecha 4, 8 y 14 de marzo de 2014 se publicó el anuncio de licitación respectivamente en el Diario Oficial Unión Europea, en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

Interesa destacar que al expediente de licitación se acompaña una auditoria energética del alumbrado público del municipio de El Álamo, en el que se hace constar que en dicho municipio existen 2.601 puntos de luz, con 55 cuadros de luz distribuidos por todo el municipio, con una facturación anual estimada de 206.610,83 euros de consumo energético.

Segundo.- En el punto 13.b “exigencia de solvencia” del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se exige a los licitadores, que deberán aportar a efectos de acreditar su solvencia, *“Relación de los principales suministros de gestión energética, mantenimiento, reparación, mejora y renovación de instalaciones de alumbrado exterior efectuadas durante los últimos cinco (5) años, indicando su importe, fechas, destinatario público o privado de los mismos, y lugar de ejecución de los trabajos. El importe acumulado de los contratos deberá ser como mínimo, de 80.000.000 euros.”*

Tercero.- El 21 de marzo la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI) presenta anuncio previo a la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el PCAP del contrato, presentándose el correspondiente recurso por correo el día 20 de marzo, teniendo entrada en el Ayuntamiento el día 24 del mismo mes.

En el escrito se alega, que la exigencia de este criterio de solvencia es desproporcionada en relación al objeto del contrato. 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.

Cuarto.- No atendida por el órgano de contratación, ni la solicitud planteada, ni la adopción de las medidas cautelares solicitadas, con fecha de 27 de marzo de 2014, 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 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP.

En el mismo se indica que el precio estimado del contrato se establece en 4.388.418 euros, sin IVA (18 años multiplicado por 243.801 euros base/año sin IVA), de manera que *“el requisito se concreta realmente, en que las empresas que deseen participar en la licitación, hayan suscrito en todo el Estado Español y resto de Estados integrantes de la Unión Europea, una media de cuatro contratos anuales de gestión energética de volumen similar a este, es decir 20 contratos en cinco años, sin distinguir entre destinatarios públicos o privados (...) Por lo tanto, desde esta perspectiva, la exigencia de solvencia está directamente vinculada al objeto del contrato y su cuantía resulta absolutamente proporcional al mismo, adecuándose totalmente a lo dispuesto en el art. 62.2 del TRLCP, y responde al intento municipal de garantizarse que las empresas licitadoras tengan realmente suficiente capacidad económica, experiencia y fiabilidad en la ejecución del contrato máxime si se considera el importantísimo esfuerzo económico impuesto al contratista en la Cláusula 7.3 del PCAP, que está obligado a ejecutar sin remuneración la Prestación 1.4: “obras de mejora y renovación de las instalaciones”, inversión que conforme a la Auditoría Energética se valora aproximadamente en 1.000.000 euros, que deberá ejecutarse en el plazo máximo de nueve (9) meses completos, computados desde la firma del contrato, y que al no ser remunerada, tiene que ser financiada íntegramente por el contratista, con medios propios, o mediante préstamos”, para concluir que en todo caso las empresas podrán acudir sumando experiencias y capacidades, presentando sus ofertas conjuntamente mediante Unión Temporal de Empresas.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar cabe señalar que la Asociación AMI ostenta la legitimación activa necesaria 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).

Por otra parte, es criterio constante de la jurisprudencia que para accionar en nombre de una entidad corporativa o asociativa, 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.

Requerida la Asociación recurrente para aportar acreditación de la existencia del acuerdo por el que se autoriza a la misma para entablar acciones, aporta un certificado del Secretario General firmado el 27 de marzo de 2014, en el que consta que advertida la incidencia detectada en el PCAP objeto del recurso, la Junta Directiva fue informada con fecha 18 de marzo de la misma acordándose por unanimidad impugnar la incidencia indicada.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PCAP correspondiente a un contrato calificado como mixto con predominio económico del suministro, cuyo valor estimado asciende a 4.388.418 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.- Debe examinarse si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP, pues la publicación de los pliegos en el BOE se produjo el 8 de marzo y en el perfil del Ayuntamiento de El Álamo se ponen los mismos a disposición de los interesados. Si bien no consta la fecha de publicación de los pliegos en el Perfil de contratante en el mismo se indica que la fecha de publicación en el BOCM es el 14 de marzo, luego es a partir de dicha fecha en la que se tiene constancia de la efectiva puesta a disposición de los mismos, en los términos del artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Contando tanto desde el día 8 de marzo como desde esta última fecha, el recurso interpuesto el 20 de marzo ante el órgano de contratación se presentó en plazo.

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.- El recurso se fundamenta en la falta de adecuación a derecho del criterio de solvencia técnica que figura en el PCAP.

La exigencia controvertida consiste en la necesidad de aportar, a efectos de acreditar la solvencia *“Relación de los principales suministros de gestión energética, mantenimiento, reparación, mejora y renovación de instalaciones de alumbrado exterior efectuadas durante los últimos cinco (5) años, indicando su importe, fechas, destinatario público o privado de los mismos, y lugar de ejecución de los trabajos. El importe acumulado de los contratos deberá ser como mínimo, de 80.000.000 euros.”*

Según la recurrente se está exigiendo un requisito de solvencia técnica o profesional que implica una experiencia en unas cifras más de 328 veces superior a la que supone objeto del contrato en cómputo anual, teniendo en cuenta que de acuerdo con el PCAP y la auditoría que lo acompaña, la instalación inventariada tiene 2.601 luminarias, con un coste de 206.610,83 euros /año y el presupuesto de licitación del contrato para la primera anualidad asciende a 243.801 euros (IVA excluido), 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 señala en su informe que el presupuesto de la licitación para la primera anualidad es la suma de tres conceptos que se corresponden con las prestaciones P1, P2, y P3, -gestión energética, mantenimiento y garantía total, respectivamente-. Explica que el presupuesto de la Prestación P1, es de 165.289 euros que se comenzará a pagar a los nueve meses del inicio del

contrato, y el de las prestaciones P2 y P3, 78.512,00 euros anuales, que se empezarán a pagar desde el inicio del contrato. Añade que la valoración económica de las propuestas de mejora se concreta en 831.450 euros (más IVA), y se indica que el retorno de la inversión se conseguirá con el ahorro energético conseguido, estimándose que se conseguirá en un plazo de 9 años. Por último justifica la solvencia exigida señalando que *“Tal como se ha indicado anteriormente, el Precio Estimado del presente contrato se establece en 4.388.418,00 euros, sin IVA (18 años multiplicado por 243.801,00 € base/año sin IVA). El importe exigido se refiere a Precio Estimado de los contratos, es decir, el precio acumulado durante todas las anualidades de cada uno de los contratos, y como el umbral temporal se refiere a los últimos cinco años, el requisito se concreta realmente, en que las empresas que deseen participar en la licitación, hayan suscrito en todo el Estado Español y resto de Estados integrantes de la Unión Europea, una media de cuatro contratos anuales de gestión energética de volumen similar a este, es decir 20 contratos en cinco años, sin distinguir entre destinatarios públicos o privados, tal como se establece como criterio de solvencia Técnica puesto en el Punto 2 del Apartado relativo a la “Solvencia Técnica o profesional”, del Epígrafe B (“Exigencia de Solvencia”), de la Disposición 13 (“Capacidad, solvencia económica y financiera, técnica y profesional de las empresas”) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que no ha sido puesto en cuestión en el Recurso interpuesto.*

Por lo tanto, desde esta perspectiva, la exigencia de solvencia está directamente vinculada al objeto del contrato y su cuantía resulta absolutamente proporcional al mismo, adecuándose totalmente a lo dispuesto en el artículo 62.2 del TRLCSP”.

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, vigente en el momento de convocar el contrato, 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 señala el órgano de contratación, alguna de las prestaciones a ejecutar durante la vida del contrato deben realizarse durante su primer año de vigencia, sumando el importe de todas ellas 322.313 euros. Por otro lado nada afecta a la solvencia exigida la circunstancia de que la valoración económica de las propuestas de mejora se concrete en 831.450 euros, puesto que como acabamos de indicar, la solvencia tiene por objeto garantizar la capacidad de la empresa para la ejecución del contrato, mientras que siendo las mejoras elementos de valoración, existen otros instrumentos para garantizar la viabilidad de las mismas, amén de que dicho importe variaría en función de cada una de las ofertas presentadas, debiendo únicamente tenerse en cuenta como parámetro de la proporcionalidad de la solvencia el propio objeto del contrato.

Así, debemos partir del número de puntos de luz a gestionar y su coste de 206.610,83 euros al año y del valor estimado del contrato para cada ejercicio, - 243.801 euros- y su comparación con el importe anual de los contratos ejecutados que se exige. Como más arriba hemos señalado, dicho importe asciende a 80.000.000 euros en los últimos 5 años, lo que nos permite dividir dicha cantidad entre cinco, para comparar los importes anuales. Así frente al valor anual del contrato en cuestión de 243.801 euros, incluso teniendo en cuenta que en el primer año deben ejecutarse prestaciones por valor de 322.313 euros, el importe anual a acreditar de 16.000.000 anuales resulta desproporcionado con el fin que se pretende satisfacer.

Debe señalarse con carácter previo que procede comparar el valor estimado del contrato y la solvencia exigida en el mismo lapso temporal, esto es, o bien en los cinco años de solvencia o en cómputo anual, y decimos esto porque hemos comprobado que la recurrente compara la totalidad de la solvencia exigida en cinco años, con el valor estimado del contrato anualizado de lo que resulta que la solvencia exigida supone 328 veces el objeto del contrato a adjudicar. En el caso de comparar las mismas magnitudes temporales (un año), la solvencia exigida es más de 65 veces el importe del valor estimado del contrato.

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 65 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 de 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.

Por otro lado, de acuerdo con lo alegado por el órgano de contratación efectivamente cumplir el requisito de solvencia, podría traducirse en la necesidad de haber realizado unos 20 contratos al año durante los últimos 5, cada uno de ellos con un valor estimado de unos 4 millones de euros. Pero también desde esta perspectiva la solvencia exigida es excesiva puesto que exige acreditar haber realizado 20 veces en cinco años o 4 veces en un año, un contrato de semejantes características al licitado, considerando este Tribunal que la acreditación de haber realizado cada año durante 5, cuatro veces el número de contratos licitados no guarda tampoco la necesaria proporcionalidad a efectos de acreditar la capacidad para la ejecución del contrato.

En consecuencia no procede la exigencia del citado criterio de solvencia en la cuantía establecida.

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:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por Don J.H.A., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI), contra el Pliego de Cláusulas administrativas Particulares - Administrativas que han de regir la contratación del “Servicios energéticos y mantenimiento con garantía total del alumbrado público exterior del Ayuntamiento del Álamo”, declarando la nulidad del apartado 13.b del PCAP y en consecuencia del procedimiento de licitación 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.