

Recurso nº 182/2015
Resolución nº 187/2015

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

En Madrid, a 18 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don J.R.C., en su propio nombre contra los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas del contrato de servicio de defensa en juicio a través de letrado de los intereses del Ayuntamiento de Alcalá de Henares número de expediente: 5.074, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 15 de octubre de 2015, se publicó en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, dividido en tres lotes, con un valor estimado de 349.800 euros, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios

Debe destacarse a efectos del contenido del presente recurso, que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que a su vez se remite al pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en este punto, establece como criterios de selección para acreditar la solvencia, de acuerdo con el artículo 78.1. del TRLCSP, “una relación de los servicios o trabajos semejantes a la presente contratación

realizados exclusivamente en los últimos cinco años para entidades locales de población superior a 50.000 habitantes o con la condición de capital de provincia que incluya importe, fechas y el destinatario de los mismos, todo ello justificado además mediante certificados expedidos por el órgano competente de la entidad local en cuestión, debiendo acreditarse que el importe anual de los referidos servicios o trabajos con dichas entidades locales representa, al menos, el precio de la presente licitación.

Igualmente los licitadores deberán justificar contar con despacho u oficina abierta a una distancia máxima de 50 kms de Alcalá de Henares y aportar una relación del personal adscrito a la prestación del servicio, incluyendo al menos un letrado (dos letrados en el caso del Lote 2 Defensa contencioso-administrativa) con especialización y experiencia de al menos 5 años en servicios semejantes, así como el personal administrativo y auxiliar que se precise para la correcta prestación del mismo, adjuntando CV de dicho personal y cuanta documentación se estime oportuna al respecto (...)".

Segundo.- El 28 de octubre de 2015, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 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), don J.R.C. presentó recurso especial en materia de contratación, ante el órgano de contratación, que lo remitió a este Tribunal acompañado del expediente administrativo y del informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, donde tuvo entrada el día 30 de octubre.

Solicita la recurrente la nulidad de los pliegos por considerar que la solvencia exigida es desproporcionada, en cuanto a la necesidad de acreditar haber realizado trabajos en los últimos cinco años para entidades locales de población superior a 50.000 habitantes o capitales de provincia, asimismo entiende que la exigencia de al menos 5 años en servicios semejantes es nula al no haber entrado en vigor la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, toda vez que el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, -que sería la norma reglamentaria de desarrollo a la que se supedita la

disposición adicional tercera ocho de la Ley 25/2013- no había entrado en vigor ni a la fecha de aprobación de los Pliegos ni a la de la publicación de los mismos.

Por último alega la nulidad de la cláusula de arraigo consistente en contar con despacho u oficina abierta a una distancia máxima de 50 km de Alcalá de Henares.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, solicita que se desestime el recurso, fundamentando su oposición en los términos que se expondrán al examinar el fondo del recurso.

Tercero.- Con fecha 4 de noviembre por la Secretaría del Tribunal se ha dado trámite de audiencia al resto de interesado en el procedimiento sin que se haya presentado escrito alguno de alegaciones.

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.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de don J.R.C., para la interposición del recurso al 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) pues se trata de un potencial licitador, como colegiado ejerciente.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de servicios, cuyo valor estimado asciende a 349.800 euros, encuadrable en la categoría 21 del anexo II del TRLCSP,

por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso los pliegos, publicados en el BOCM el 15 de octubre de 2015, fueron puestos a disposición de los interesados el 8 de octubre anterior, mediante su publicación en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Alcalá de Henares. Por otro lado el recurso remitido por correo ordinario tuvo entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Alcalá de Henares el 28 de octubre por lo tanto el recurso se interpuso dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- El recurso sostiene que la licitación convocada en los términos en que el PPT describe la exigencia de los criterios de selección o solvencia es lesiva del principio de libre concurrencia, libertad de acceso a las licitaciones, prohibición de discriminación e igualdad de trato en tres aspectos distintos.

1. En primer lugar, como más arriba se ha adelantado se aduce que la exigencia de acreditar haber realizado trabajos semejantes para entidades locales de población superior a 50.000 habitantes o con la condición de capital de provincia, es desproporcionada, citando al efecto varias resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales. Se concreta la objeción efectuada en la población de los municipios para los que se hayan realizado trabajos de defensa en juicio, especificando que podría darse la paradoja de que “*pudieran acreditar solvencia quienes hubiesen contratado con capitales de provincia como Soria o Teruel que tienen menos de 40.000 habitantes y, sin embargo no pudiese acreditarse tal solvencia a pesar de haber trabajado en municipios con más de 40.000 habitantes*”.

En relación con esta cuestión el órgano de contratación señala que la Ley 7/1985, de 2 de Abril, previene en su Título X, desde la entrada en vigor de la Ley 5712003, de 16 de Diciembre, un régimen jurídico específico de organización para los denominados Municipios de Gran Población, como es el caso de Alcalá de Henares, añadiendo que esta circunstancia determina que en la práctica la

problemática jurídica y los litigios que pueden suscitarse en muchos casos es sensiblemente diferente de aquella otra que viene referida a municipios muy inferiores en población. De esta forma no se vulnera el principio de igualdad con la exigencia de solvencia, al tratarse de situaciones de base desiguales.

El tratamiento de la cuestión que ahora nos ocupa debe abordarse desde la óptica no tanto del principio de igualdad, sino de proporcionalidad, que ha sido aplicado por este Tribunal en diversas ocasiones. Para la resolución del recurso cabe recordar que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el Pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo. Así lo dispone el artículo 62 del TRLCSP.

El artículo 74 del TRLCSP establece que la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79.

De lo que cabe concluir que corresponde a los órganos de contratación determinar cuál será la solvencia mínima exigible para poder valorar si las empresas licitadores tienen la suficiente para ejecutar el contrato de que se trata, permitiéndole identificar cuáles son las más idóneas de forma discrecional. Ahora bien, 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, no producir efectos discriminatorios y ser proporcionados a dicho objeto.

En cuanto a la solvencia técnica o profesional, el artículo 78.a) del TRLCSP establece que:

“En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia,

experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.”

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 Symvoulion 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.

En el supuesto examinado se exige acreditar haber realizado trabajos semejantes para entidades locales de población superior a 50.000 habitantes o con la condición de capital de provincia realizados exclusivamente en los últimos cinco años debiendo acreditarse que el importe anual de los referidos servicios o trabajos con dichas entidades locales representa, al menos, el precio de la presente licitación.

La objeción que realiza el recurrente se concreta en la población de los municipios para los que deben haberse realizado trabajos previos. Lo primero que cabe advertir es que el recurrente parece no haber interpretado correctamente la cláusula 4 del PPT, en cuanto la paradoja que plantea no es posible puesto que permite haber realizado los trabajos alternativamente, -como se desprende del uso de la conjunción disyuntiva “o”-. De forma que cabe acreditar haber realizado trabajos en municipios que sean capital de provincia con independencia de su población, pudiendo esta ser menor que la indicada en el PPT, como es el caso de Soria o Teruel traídos a colación por el recurrente, o bien en municipios que no siendo capital de provincia tengan dicha población, como ocurre con muchos municipios de la Comunidad de Madrid, como es el caso de Alcalá de Henares.

De acuerdo con el censo de población de Alcalá de Henares el municipio tiene una población (al año 2014) de 200.768 habitantes, por lo que la población de 50.000 habitantes de los municipios para los que se hayan realizado trabajos de defensa en juicio, supone la cuarta parte de la que es objeto del contrato, no advirtiéndose desproporcionalidad alguna en torno a esta exigencia.

A ello cabe añadir que, como pone de manifiesto el órgano de contratación, Alcalá de Henares es municipio de gran población, de acuerdo con lo establecido en la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno

local, lo que implica una serie de especialidades en su organización y gestión, que justifican la exigencia controvertida.

2. Alega en segundo lugar el recurrente que la exigencia de experiencia de, al menos, 5 años en servicios semejantes es nula al no haber entrado en vigor la Ley 25/2013, de 27 de diciembre toda vez que el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, al que queda supeditada, aun no ha entrado en vigor.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que lo cierto es que el punto cuarto del PPT no exige experiencia de menos de, al menos, cinco años en servicios semejantes, sino algo muy diferente como es el “*haber efectuado servicios o trabajos semejantes para entidades locales de población superior a 50.000 habitantes en los últimos cinco años*”, indicando que la referencia en los pliegos a cinco años en lugar de a tres años viene a facilitar la concurrencia y nunca a restringirla.

De nuevo parece que yerra el recurrente en la interpretación de los pliegos, puesto que la no entrada en vigor de la Ley 25/2013, no implica la ampliación, sino la restricción del tiempo a tener en cuenta para acreditar la solvencia, por lo que lejos de impedir o restringir la concurrencia, como aduce el recurrente, la amplía. No obstante cabe advertir que la alegación del fundamento de derecho segundo del recurso, no vincula directamente ambas cuestiones, sino que se limita a realizar una invocación genérica de la legalidad vigente. Además cabe indicar que la confusión se extiende al apartado del artículo 78 afectado por la Ley 25/2013, lo que a su vez determina la confusión en la defensa del PPT por el órgano de contratación.

Efectivamente la exigencia de 5 años de experiencia del personal afecto a la ejecución del contrato debe exigirse tal y como señala el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 6/2011, de 5 de julio, se debe tener en cuenta, como medio de acreditación de la solvencia, en la fase de verificación de la aptitud. En este caso de acuerdo con el artículo 78.1.e) del TRLCSP, y no con el artículo 78.1. a), aunque dicha vinculación no se explice en el

PPT, - sin perjuicio de que el PPT no es el documento en el que deben especificarse las cuestiones relativas a la solvencia sino el PCAP, que en este caso se remite a este último. De esta forma la Ley 25/2013 no modifica el apartado e) del punto 1 del artículo 78 por lo que la falta o no de entrada en vigor de esta última en nada afecta a la legalidad de la solvencia establecida.

La Recomendación 1/2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre medios de acreditación de la solvencia, considera que las actuales circunstancias de la economía y del mercado han provocando una disminución de la actividad de empresarios y profesionales, por lo que les resulta cada vez más difícil acreditar su solvencia mediante la relación de trabajos efectuados en los tres últimos años, o mediante la declaración sobre el volumen global de los últimos tres ejercicios, al ser estos los de menor actividad a causa de la actual situación económica. Por tanto resulta preciso que no se exijan estos medios con carácter exclusivo sino que se otorgue al candidato o licitador la posibilidad de acreditar la solvencia mediante otro u otros de los medios establecidos en la Ley. Por ello, recomienda que los órganos de contratación establezcan alternativamente otro u otros medios de acreditación de dichas solvencias de entre los enumerados en la Ley para que los licitadores puedan optar a la adjudicación del contrato garantizando el cumplimiento del principio de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos o licitadores.

3. Por último se plantea la nulidad de la que el recurrente denomina cláusula de arraigo, frente a lo que el órgano de contratación afirma que “*El indicado apartado no exige tener el domicilio principal en el referido ámbito, sino tan solo una delegación operativa (o incluso bastaría acreditar la existencia de acuerdo de colaboración entre Letrados o entre despachos) de modo que se facilite la relación y la comunicación interpersonal entre las distintas personas que prestan servicios para el Ayuntamiento (que deban tener intervención en los distintos juicios) y los miembros del Despacho de Abogados al que se adjudicase el contrato administrativo a la finalización del proceso de licitación pública*”, para continuar explicando que en muchas ocasiones es necesaria la celebración de reuniones entre la Asesoría Jurídica Municipal y el

Letrado o Despacho adjudicatario, o la aportación de distintos medios de prueba para su utilización ante los Juzgados dentro de los plazos procesales incluyendo documentación auténtica que, por razón de su naturaleza reservada, debe ser entregada en mano al Letrado.

Con carácter previo debe señalarse que el hecho de tener abierta una delegación en el lugar de ejecución del contrato o en sus alrededores no se puede considerar como un medio de acreditación de la solvencia de las empresas y su posible establecimiento como criterio de adjudicación, en casos muy concretos, o como condición de ejecución de los contratos, se tiene que analizar caso por caso, siendo así que el PPT lo considera como medio de acreditar la solvencia en su punto 4 y no lo incluye en el punto 5 “*Medios materiales a disposición del contrato*”, esto no obstante esta circunstancia no ha sido alegada por el recurrente.

Si bien es cierto que el PPT no exige que la adjudicataria tenga su domicilio a menos de 50 km del municipio, pudiendo tratarse de una delegación, oficina o cualquier otra dependencia, lo cierto es que contamos en nuestro ordenamiento con una norma que puede ser el parámetro interpretativo de este tipo de exigencias. En concreto se trata de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que tal como indica en el apartado 2 de su artículo 3, prohíbe cualquier actuación administrativa que tenga como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico. Este precepto se concreta en su artículo 18 que considera actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, el establecimiento de requisitos en la licitación pública basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador y en particular “*que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio*”.

Así no solo se considera contraria a derecho la exigencia de que el domicilio social o establecimiento se encuentre en una determinada zona geográfica sino también la exigencia de que disponga de un establecimiento físico en su territorio,

circunstancia que en el presente caso no es equiparable a la limitación de 50 km, que obviamente no coincide con el término municipal de Alcalá de Henares.

De esta forma *a priori* no puede afirmarse con carácter general que la exigencia de tener un establecimiento físico a determinada distancia del término municipal constituya una restricción a la libre competencia, sino que habrá que examinarla al caso concreto.

Descendiendo un paso más en el análisis de la exigencia, cabe señalar que el parámetro de legalidad de la medida, es la justificación de su necesidad en relación con el objeto del contrato. En este sentido puede traerse a colación la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de octubre de 2015, Grupo Hospitalario Quirón SA contra Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco e Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad, Asunto C-552/13, “*Pues bien, la exigencia de que un centro de ese tipo deba estar situado imperativamente en un término municipal concreto que debe ser el lugar de prestación exclusivo de los servicios médicos de que se trata, prevista en las cláusulas administrativas particulares y las especificaciones técnicas de los contratos nº 21/2011 y 50/2011, constituye, habida cuenta de la situación geográfica del asunto principal, una obligación de ejecución territorial que no sirve para alcanzar el objetivo enunciado en el apartado anterior de la presente sentencia, a saber, garantizar la proximidad y la accesibilidad del centro hospitalario privado de apoyo, en interés de los pacientes, de sus allegados y del personal médico que ha de desplazarse hacia dicho centro, garantizando al mismo tiempo un acceso igual y no discriminatorio a esos contratos de todos los licitadores.*”

En el caso que ahora nos ocupa, no consta en el expediente justificación alguna de la exigencia, si bien en fase de recurso el Ayuntamiento ha expuesto en su informe las razones que la sustentan a su juicio, como son la necesidad de convocar reuniones o de recoger documentación en mano. A juicio de este Tribunal estos motivos no son suficientes para justificar el mantenimiento de la exigencia, puesto que más bien responden a la comodidad del prestador del servicio que a las

necesidades del órgano de contratación, puesto que aquél deberá cumplir el contrato en todos sus términos, previendo y dotándose de todos los medios para ello, con independencia de los desplazamientos o medios tecnológicos alternativos, que suponga.

Debe por tanto estimarse el recurso por este motivo.

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.R.C., en su propio nombre contra los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de servicio de defensa en juicio a través de letrado de los intereses del Ayuntamiento de Alcalá de Henares número de expediente: 5.074 anulando el punto 4 del PPT en cuanto a la exigencia de contar con despacho u oficina abierta a una distancia máxima de 50 km de Alcalá de Henares, retrotrayendo el procedimiento para proceder a su nueva publicación concediendo nuevo plazo de presentación de ofertas.

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.