

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

En Madrid, a 26 de abril de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don P.G.M., en nombre y representación de Eiffage Energía S.L.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicios de mantenimiento de equipos de aire acondicionado vrf instalados en el Hospital Universitario La Paz, Hospital Cantoblanco, Hospital Carlos III y Centros de Especialidades de Peñagrande y José Marv”, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, número de expediente P.A. 9/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 25 de marzo y 1 de abril de 2019, se publicó respectivamente en el DOUE, el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, el anuncio de licitación del contrato de servicios indicado a adjudicar por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 418.000 euros.

Segundo.- Interesa conocer para la resolución del recurso que en el apartado 6 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se establece lo siguiente:

“6.- Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.

Procede: SI

Tipo:

- *Certificado de ser Servicio Técnico Oficial de Toshiba.*
- *Certificado de ser Servicio Técnico Oficial de Mitsubishi.*
- *Certificado de empresa mantenedor e instaladora de aparatos fijos de refrigeración, aire acondicionado y bomba de calor.*
- *Acreditación de la competencia para la manipulación de equipos con sistemas frigoríficos de cualquier carga de refrigerantes fluorados.*
- *Registro de pequeños productores de residuos peligrosos de la Comunidad de Madrid.*
- *Acreditación de disponer de un servicio de Prevención de Riesgos Laborales, propio o contratado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 31/1995”.*

Igualmente el apartado 10 de la misma cláusula indica.

“10.- Documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato:

(...)

Certificado de ser Servicio Técnico Oficial de Toshiba

Certificado de ser Servicio Técnico Oficial de Mitsubishi

(...)”

Tercero.- Con fecha 8 de abril de 2019, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Eiffage Energía S.L.U., contra el PCAP que rige esta licitación, por entender que el apartado 10 de la cláusula 1 del PCAP no resulta conforme a derecho. Concretamente, la exigencia de certificados de ser servicio técnico oficial del fabricante considera que constituye una cláusula restrictiva de la libre competencia puesto que un número muy pequeño de empresas cuenta con tal certificado.

Con fecha 15 de abril de 2019, se recibió copia del expediente y el informe preceptivo del órgano de contratación al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley

9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), en el que exponen las razones que han llevado al establecimiento de la cláusula y se solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

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

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra el Pliego de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, la publicación de la convocatoria poniendo los Pliegos a disposición de los interesados en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid tuvo lugar el 1 de abril de 2019, el recurso se interpuso el 8 de abril de 2019 por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- En cuanto a los motivos de recurso, alega la recurrente que *“una vez hechas las averiguaciones oportunas, ha podido comprobar que, solamente en la comunidad de Madrid, existen 8 empresas que cuentan con la certificación de ser Servicio Técnico*

Oficial de Mitsubishi según se puede comprobar en la dirección web que a continuación se indica (...)". Así también señala que Eiffage Energía S.L.U. ha mantenido contactos con la Delegada de Ventas de Toshiba Calefacción y Aire Acondicionado de Toshiba, "y nos ha trasladado que, la única empresa en Madrid que cuenta con el certificado de Servicio Técnico Oficial Toshiba, es la mercantil AUXILIAR DEL CLIMA S.A. (ACLISA), mercantil que a su vez también cuenta con la certificación de ser Servicio Técnico Oficial de Mitsubishi. Por tanto, en la comunidad de Madrid solamente existe una empresa que cuente con los certificados de Servicio Oficial de Toshiba y Mitsubishi.

A la vista de las exigencias establecidas en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, solamente podrían concurrir un número de empresas muy limitado, por lo que claramente se atenta al principio de concurrencia y no discriminación que debe regir toda licitación pública. La solvencia que se exige a los licitadores para poder aspirar a hacerse cargo del servicio que se contrata pretende garantizar que el adjudicatario dispone de los medios y cualificación adecuados para llevarlo a buen fin, respetando al mismo tiempo el principio de concurrencia y no discriminación; de ahí que la norma exija que los requisitos que se establezcan en cada caso para acreditar dicha solvencia y la documentación requerida para tal acreditación deban estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo".

Finalmente añade: "Para la realización de trabajos de mantenimiento y reparación de equipos de climatización, la normativa vigente la inscripción de la empresa que preste dichos servicios en el "Registro de Empresa Habilitada como Instaladora y Mantenedora de Instalaciones Frigoríficas" en la Consejería de Industria de la Comunidad Autónoma donde radique el domicilio social de la sociedad.

Bien es cierto que el órgano licitador puede establecer las exigencias de solvencia que han de cumplir los licitadores, ahora bien, al exigir el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares ostentar el certificado de ser Servicio Técnico Oficial de Toshiba y Mitsubishi, solamente permite concurrir a un número muy limitado de empresas, cuando la normativa vigente al respecto solamente requiere la inscripción en el registro anteriormente mencionado, contraviniéndose, de forma flagrante el principio de concurrencia y no discriminación."

El órgano de contratación en su informe expone lo siguiente: *“Consideramos de vital importancia para el mantenimiento de los equipos de climatización con repercusión directa sobre el confort de los pacientes ingresados, que la empresa que realice dicha actividad cuente con la Certificación de los fabricantes para asegurar el correcto desarrollo del servicio, es decir, que disponga de la acreditación como Servicio Técnico Oficial para las marcas objeto del contrato. De esta forma se asegura la utilización de repuestos originales, así como la disposición de los mismos en los plazos adecuados, que el personal disponga de la formación adecuada y actualizada de los sistemas y contar con el software y equipos necesarios para acceder a la programación específica de cada sistema (...) El Hospital tiene conocimiento de que al menos hay tres empresas que son mantenedores técnicos oficiales de las dos marcas: Aclisa, Garpe y Climatize, por lo que hay más de una empresa, de ámbito nacional, que ostenta la representación del servicio técnico oficial de las dos marcas de los equipos objeto del contrato, por tanto la libre concurrencia está garantizada(...). Por todo lo anteriormente expuesto, este órgano de contratación entiende que es facultad del órgano de contratación diseñar sus pliegos de forma discrecional, para realizar de la forma más óptima posible las prestaciones que le son propias, en nuestro caso la asistencia sanitaria, procurando el interés público, como no puede ser de otra manera en cualquier organismo público y con pleno respeto y sometimiento a los principios generales que rigen la contratación pública entre ellos la no restricción de la competencia, que entendemos en este caso plenamente observado”.*

Debe recordarse que el artículo 65 de la LCSP, relativo a las normas generales y especiales de capacidad establece:

“Condiciones de aptitud.

1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

Cuando, por así determinarlo la normativa aplicable, se le requirieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, estos deberán ser acreditados por el licitador al concurrir en el mismo.

2. Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.

3. En los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de esta Ley, el contratista deberá acreditar su solvencia y no podrá estar incurso en la prohibición de contratar a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 71.”

En el caso analizado el Pliego, apartado 6, ha configurado la necesidad de contar con el certificado de ser servicio técnico oficial de determinados fabricantes como un requisito de aptitud.

El certificado de servicio técnico oficial exigido en el Pliego no se configura como un requisito de solvencia ni como criterio de adjudicación sino como una habilitación profesional que condiciona el reconocimiento de capacidad de los licitadores para ejecutar el contrato. No obstante, con cierta confusión, el apartado 10 del PCAP, que se refiere a documentación técnica en relación con los criterios de adjudicación, exige los mencionados certificados.

El órgano de contratación no justifica esa exigencia de habilitación que debería venir impuesta por la correspondiente norma. El interés o la discrecionalidad técnica no operan aquí puesto que estamos ante la capacidad legal de las empresas y su limitación debe venir establecida por la correspondiente disposición aplicable.

La habilitación exigible en este caso es la mencionada por la recurrente, estar inscrita en el correspondiente Registro de empresas instaladoras y mantenedoras de instalaciones frigoríficas, también exigida en el PCAP, sin que pueda imponerse la otorgada por el fabricante.

De otro modo dejaríamos en manos de empresas, que pueden ser también licitadoras en este tipo de contratos, la posibilidad de limitar o restringir el mercado de competidores mediante la no concesión de esos certificados o su otorgamiento a un número muy reducido de empresas como parece que es el caso.

Sobre la prohibición de imponer las acreditaciones del fabricante o entidad acreditada como requisito de solvencia ya se ha pronunciado el Tribunal en diversas ocasiones, cabe citar la Resolución 98/2015, de 26 de junio: *“Hay que tener en cuenta que en este caso, no se están imponiendo estas acreditaciones oficiales o del fabricante como requisito necesario, lo cual sería limitador de la concurrencia, sino únicamente se está valorando su posesión, sin que quepa argumentar que no tiene relación con el objeto del contrato, puesto que en definitiva, es un plus que el órgano de contratación puede considerar conveniente valorar dentro de la calidad técnica. Por lo tanto, el recurso debe desestimarse por este motivo”*.

Siguiendo el criterio mencionado, en este caso los certificados de ser servicio técnico oficial del fabricante, no pueden admitirse ni como requisitos de capacidad ni de solvencia ya que implica en todo caso una vulneración del principio de concurrencia, aun cuando existan varias empresas que los posean, puesto que las demás, debidamente inscritas, también cuentan con la capacidad de realizar la prestación y pueden tener la solvencia requerida para ello.

Ahora bien, serían admisibles como criterios de adjudicación si el órgano de contratación lo considera oportuno por las razones que ha expuesto en el informe y los incluye en el PCAP.

Por todo ello el recurso debe ser estimado, anulando el Pliego y la licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades, elaborando un nuevo Pliego, en el que se suprima el requisito de aptitud examinado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3. de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público,

el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación formulado por don P.G.M., en nombre y representación de Eiffage Energía S.L.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicios de mantenimiento de equipos de aire acondicionado vrf instalados en el Hospital Universitario La Paz, Hospital Cantoblanco, Hospital Carlos III y Centros de Especialidades de Peñagrande y José Marvá”, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, número de expediente P.A. 9/2019, anulando el Pliego y la licitación que deberá reiniciarse elaborando nuevos Pliegos acordes con el contenido de la presente Resolución.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.