

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

En Madrid, a 10 de marzo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Proxya Servicios Tecnológicos, S.L.U, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas relativos al procedimiento de contratación del Ayuntamiento de Alcalá de Henares denominado “Contrato de suministro y puesta en marcha de una plataforma Smart City, desarrollo de verticales y solución tarjeta virtual en el marco del plan de sostenibilidad turística (2020-2022)”, expediente: 6.381-PST, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 6 de febrero de 2022, han sido publicados el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas relativos al procedimiento de contratación del Ayuntamiento de Alcalá de Henares en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El valor estimado de contrato asciende a 528.925,62 euros.

Segundo.- La cláusula 4 in fine del PCAP establece que *“Los licitadores deberán justificar la solvencia técnica o profesional conforme se establece en la Cláusula 18 del Pliego de Prescripciones Técnicas”*.

Y la 18 del PPT:

“18. SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL

La justificación de dicha solvencia se llevará a cabo mediante una relación de los principales contratos realizados con objeto similar al del presente contrato, en los últimos tres años que incluya importe, fechas y destinatario, público o privado, de los mismos. Al menos uno de los trabajos realizados en el citado período deberá haberse realizado para administraciones públicas con una población superior a 150.000 habitantes y siendo el requisito mínimo que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución dentro del plazo establecido anteriormente, sea igual o superior al 70% del valor estimado del contrato.

Los 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 responsable del empresario. Conforme a los artículos 93 y 94 de la LCSP en cuanto a la obligación del licitador de disponer certificados expedidos por organismos independientes acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental, se deberá contar con las siguientes certificaciones o certificaciones equivalentes a las siguientes: - ISO 20000. - ISO 27001. En el caso de que en lugar de estas certificaciones se aportaran otras equivalentes, el licitador debe acreditar que las certificaciones presentadas pueden equipararse a las solicitadas, quedando su aceptación a criterio y decisión del servicio técnico municipal, previo análisis y consulta especializada, si ello procede”.

Tercero.- El 25 de febrero de 2022, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, impugnando la solvencia técnica requerida por exigir experiencia en trabajos similares en las administraciones públicas y realización de trabajos similares para las mismas con población superior a 150.000 habitantes. Insta la nulidad del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Cuarto.- El 2 de marzo de 2022, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación a 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 (en adelante LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 una persona jurídica potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron publicados el 6 de febrero de 2022, e interpuesto el recurso el 25 de febrero se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos, en el marco 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.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se impugna la exigencia como solvencia de experiencia contratada por la Administración, y en concreto que el licitador acredite haber prestado al menos un servicio para administraciones públicas de más de 150.000 habitantes. Establece una restricción por exigir experiencia en el sector público, impidiendo que licitadores perfectamente capacitados para la prestación del servicio y con experiencia acreditable en el sector privado puedan concurrir por el mero hecho de no haber contratado previamente con el sector público; agravado este requisito de solvencia con la exigencia de acreditar experiencia en trabajos para una Administración de más de 150.000 habitantes.

Afirma que esta disposición vulnera los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, consagrados en el artículo 1 de la LCSP. Igualmente infringe el artículo 40 de la LCSP que dispone que son anulables *“todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”*. Y el artículo 126 de la misma Ley que establece que las prescripciones técnicas proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. Así como el artículo 44 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, cuyo preámbulo se afirma que se contemplan medidas para eliminar obstáculos para el acceso de los emprendedores a la contratación pública de forma que ésta pueda actuar como una auténtica palanca a la expansión y consolidación de empresas. Así lo ha declarado, entre otros, el Tribunal Central de Recursos Contractuales. A modo de ejemplo se su Resolución nº 25/2016, de fecha 15 de enero de 2016.

Afirma el órgano de contratación que la doctrina admite circunscribir la experiencia a las Administraciones públicas cuando la peculiaridad de la prestación así lo requiera. Y transcribe la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales citada por el recurrente:

“Esta doctrina, unida al tenor del art. 45 de la Ley 14/2013, llevaría a estimar los recursos que nos ocupan, salvo si la naturaleza específica de las prestaciones objeto del contrato hace imposible que se hayan podido desempeñar servicios análogos para el sector privado, o incluso para otros entes públicos que no sean Ayuntamientos, a los que se restringe la cláusula.

Pues bien, aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, encontramos que la actividad de gestión tributaria y recaudación de ingresos públicos municipales tiene peculiaridades específicas que la diferencian de otras gestiones de cobro. Así lo resolvimos en nuestra previa Resolución 207/2014, dando respuesta a esta cuestión en un asunto muy análogo, señalando que “En primer lugar, la decisión de que la asistencia jurídica a una Administración local constituye un objeto del contrato diferenciado a la asistencia jurídica común no es arbitraria. Al igual que podría predicarse de otros sectores de la Administración o de la actividad económica, el régimen jurídico de la Administración Local presenta singularidades, como pueden ser, su régimen de contratación, de personal, su sistema tributario, disciplina y régimen urbanístico, recursos, etc. Estas singularidades representan una especialidad que justifica la exigencia por el órgano de contratación de cierta experiencia previa para acreditar la solvencia técnica o profesional. Ésta es una decisión del órgano de contratación que no incurre en arbitrariedad y se encuentra justificada. La alegación de los recurrentes de que consideran indiferente que la experiencia para acreditar la solvencia técnica o la profesional se haya prestado en el sector público o en el privado no es atendible por dicha circunstancia.

De modo que, en este aspecto, su alegación debe ser desestimada”

En cuanto a la población requerida se afirma ser proporcionada la experiencia exigida con cita de resolución 282/2016, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en relación con el pliego de un contrato del servicio de ayuda a domicilio:

“En el caso analizado, teniendo en cuenta todo lo expuesto por el órgano de contratación, este Tribunal considera que el requisito de haber realizado trabajos en

poblaciones con un mínimo de población, que es semejante a la del municipio en el que se va a desarrollar el contrato, no parece desproporcionada ni ajena a dicho objeto.

Es lógico pensar que, a mayor población, mayor número de personas precisarán la atención domiciliaria y es evidente que los requerimientos de pequeños municipios con escasa población, no pueden ser los mismos que los de poblaciones con mayor número de habitantes”.

Este Tribunal se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la improcedencia de limitar la experiencia habilitante como solvencia a la obtenida contratando con las Administraciones Públicas. Así en Resolución nº 458/2021 de 30 de septiembre, en Resolución nº 368/2021 de 19 de agosto, Resolución 341/2020 de 3 de diciembre, etc...

En esta última se afirma:

“Como prevé el artículo 64.1 de la LCSP los órganos de contratación deben tomar las medidas adecuadas para luchar contra el favoritismo y evitar cualquier distorsión de la competencia, garantizando la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Asimismo se recogen los citados principios de igualdad, transparencia y no discriminación en los artículos 1 y 132.1 de la LCSP junto con la libertad de acceso y la proporcionalidad.

Igualmente se ha de recordar que las condiciones de restricción de la experiencia al ámbito público y más aún al ámbito de determinadas administraciones públicas han sido desechadas como criterio de aptitud por los Tribunales Administrativos de Contratación, por las Juntas Consultivas, y por la Jurisprudencia. Baste con transcribir las resoluciones y sentencias judiciales invocadas por el recurrente.

En el presente caso la experiencia de defensa judicial en al ámbito del derecho administrativo, es decir en sede contenciosa administrativa, no impide que se acredite mediante contratos o encargos de defensa de ciudadanos o empresas en sus

relaciones con la administración, es decir, la misma aptitud tendrá un abogado que demanda que otro que defiende dentro del derecho administrativo.

Es por ello que limitar la experiencia a los contratos suscritos con entidades locales no puede encontrar defensa ni amparo en la actual legislación en materia contractual ni en su interpretación desde hace años. Por lo expuesto se ha de estimar este motivo de impugnación por considerarlo, tal y como está formulado, contrario a lo dispuesto en los artículos 1, 64 y 132.1 de la LCSP, debiendo modificarse su redacción, lo que en consecuencia conlleva al inicio de una nueva convocatoria de licitación y plazo de presentación de proposiciones”.

No obstante, se hace excepción de aquellas actividades que por su propia naturaleza solo se prestan para Administraciones Públicas, puesto que la solvencia tiene que estar vinculada al objeto del contrato. Señala el artículo 74.2 de la LCSP: *“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”.*

Es inadecuada la regulación de la solvencia en el pliego de prescripciones técnicas y no en el de cláusulas administrativas particulares, definidor de los derechos y obligaciones de las partes. Expresamente el artículo 122.2 de la LCSP establece que *“en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato”.* Las prescripciones técnicas rigen *“la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley”* (artículo 124).

El PCAP define el objeto del contrato de una forma precisa como el suministro y puesta en marcha de una plataforma Smart City de conformidad con la descripción del pliego de prescripciones técnicas.

CLÁUSULA 1.- El objeto de este procedimiento abierto es la adquisición de suministro y puesta en marcha de una plataforma Smart City, desarrollo de verticales y solución tarjeta virtual en el marco del plan de sostenibilidad turística (2020-2022) para el Ayuntamiento de Alcalá de Henares conforme se especifica en el pliego de prescripciones técnicas.

Dentro de lo abstruso del lenguaje propio de estos desarrollos, proporciona el PPT en su cláusula primera una imagen precisa de las prestaciones propias del objeto del contrato, que tienen dos hitos: la puesta en marcha de la plataforma informática Smart City en relación con el plan de sostenibilidad turística, y el desarrollo de la tarjeta ciudadana, apoyada en esa plataforma.

Las prestaciones denotan que son actividades (fomento del turismo, tarjeta personal ciudadana) propias de las administraciones públicas, cuya destinatario final son las mismas, no siendo inadecuado al objeto del contrato exigir que al menos uno de los trabajos similares de los tres últimos años sea para el sector público. Es una actividad que solo se presta para el sector público, siendo proporcionada esta exigencia de experiencia en el mismo.

Como señala la Resolución 266/2014, de 28 de marzo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

“Por ello, en aquellos supuestos en los que la solvencia se acredite por la experiencia por así disponerlo los pliegos, debe acreditarse la existencia de los contratos en los términos expuestos, de modo indiferente entre el destinatario público o privado de aquéllos previos servicios, sin que sea posible que el órgano de contratación ciña la experiencia al sector público excluyendo al privado o, viceversa, al privado con exclusión del público.

Ahora bien, esto será así en aquellos supuestos en los que el objeto del contrato tenga la versatilidad de poder ser contratado en el sector público y en el sector privado, por ejemplo, servicios de limpieza de edificios, mantenimiento de instalaciones, jardinería, etc... Pero existen contratos cuyo objeto es, por esencia, propio del sector público, sin que puedan el sector privado desempeñar tal actividad. En estos casos la

solvencia técnica acreditada por servicios previos habrán, necesariamente, ir referidos al sector público.

Tal es lo que ocurre en el presente supuesto, al consistir el objeto del contrato: “Servicios de Colaboración en la Gestión Recaudatoria del Ayuntamiento de Piélagos”, al ser dicha actividad propia del sector público, singularmente de las Administraciones públicas, y no del sector privado. De hecho, la clasificación del contrato CPV es 79940000-Servicios de agencias de recaudación de fondos y 75130000 servicios de apoyo a los poderes públicos.”

Se desestima este motivo del recurso.

El segundo motivo del recurso, afirma que es desproporcionada la exigencia de que el trabajo para el sector público se haya realizado para una Administración con más de 150.000 habitantes.

Esta exigencia no es desproporcionada en relación con la población de Alcalá de Henares (cerca de 200 mil habitantes) y la pluralidad de Administraciones territoriales (estatal, provincial, autonómica, local) que alcanzan esa población.

Tal y como afirmamos en Resolución 282/2016, de 28 de diciembre sobre alegación similar y se transcribe por el órgano de contratación, es de suponer que las exigencias de la plataforma informática y de la tarjeta personal son superiores a mayor población, siendo proporcionado requerir mayor solvencia.

Habiendo resuelto el fondo, no es necesario pronunciamiento sobre la suspensión.

Procede desestimar este motivo del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Proxya Servicios Tecnológicos, S.L.U, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas relativos al procedimiento de contratación del Ayuntamiento de Alcalá de Henares denominado “Contrato de suministro y puesta en marcha de una plataforma Smart City, desarrollo de verticales y solución tarjeta virtual en el marco del plan de sostenibilidad turística (2020-2022)”, expediente: 6.381-PST.

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.