

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

En Madrid, a 26 de junio de 2015.

VISTO el recurso formulado por don F.P.R., en nombre y representación de SERVIMUN, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas por los que ha de regirse el contrato de servicios de “Asistencia Técnica y Administrativa a la Inspección y Gestión Tributarias del Ayuntamiento de Leganés”, expediente 941/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 23 de mayo de 2015 se publicó en el BOE la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y criterio precio, para la adjudicación del contrato de servicios de “Asistencia Técnica y Administrativa a la Inspección y Gestión Tributarias del Ayuntamiento de Leganés”, a adjudicar por procedimiento abierto, con un único criterio, el precio. El valor estimado del contrato es de 1.652.859,50 euros.

Segundo.- Interesa destacar al objeto del presente recurso que el Anexo I del Pliego

de Cláusula Administrativas Particulares (PCAP), establece en su apartado 5.3 como solvencia técnica de las empresas licitadoras:

“Las empresas licitadoras deberán acreditar haber realizado con anterioridad asistencias técnicas para la inspección de tributos locales cuyo resultado haya sido haber liquidado un mínimo de cinco millones de euros en un mismo contrato durante los últimos tres años. Este requisito se acreditará mediante la certificación emitida por la entidad correspondiente”.

Tercero.- El 11 de junio de 2015 tuvo entrada en el Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la representación de la empresa SERVIMUN, S.L contra el PCAP y el de Prescripciones Técnicas, (PPT) por el que ha de regirse el indicado contrato.

La recurrente solicita la anulación de la licitación y de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas por considerar que debería haberse admitido la clasificación a pesar de no ser exigible en este caso, y que el requisito de solvencia técnica previsto en el apartado 5.3 del Anexo I del PCAP, haber realizado asistencia técnica en materia de inspección de tributos locales con una liquidación mínima de cinco millones de euros en los últimos tres años, es desproporcionado, vulnera el principio de libre competencia y no aparece justificado.

Con fecha 22 de junio el órgano de contratación remitió el expediente administrativo acompañado del informe contemplado en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP).

El Ayuntamiento de Leganés en su informe solicita que se desestime el recurso en su integridad por las razones que se analizarán posteriormente.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los demás interesados un

plazo de tres días para presentar alegaciones.

Finalizado el plazo ha presentado alegaciones TEFICAR, S.A., que manifiesta que los motivos de recurso de SERVIMUN, S.L. coinciden parcialmente con los indicados en su recurso 92/2015 por los que los apoya. No obstante, considera que en base al principio de conversión de actos viciados y de convalidación de actos anulables, es suficiente en este caso con “dar lugar a la ineficacia de los actos concretos” conservando todo lo demás. Por lo tanto, solicita se desestime la pretensión de declarar inválido todo lo actuado.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, potencial licitador, “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 42 del TRLCSP).

Igualmente se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación fue publicado en el BOCM de 23 de mayo de 2015 e interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación el 11 de junio de 2015, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de servicios, de categoría 27 con un valor estimado superior a 207.000 euros. El acto es recurrible,

de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del asunto, la recurrente aduce dos causas de nulidad de los Pliegos:

En primer lugar, alega que no se ha previsto la presentación de la clasificación, como alternativa a la acreditación de la solvencia a pesar de que el artículo 65 del TRLCSP, *“establece en el apartado 1.b, de ese mismo artículo que para los contratos de servicios -como es el caso- no será exigible la clasificación del empresario, sino que se podrán establecer los criterios y requisitos mínimos y de solvencia, tanto económica y financiera como profesional o técnica atendiendo a los artículos 75 y 78 del mismo texto legal. Así las cosas, lo lógico y conforme a Derecho, es que cualquier elección que toma la Administración debe motivarse adecuadamente y no elegirse, en este caso en concreto, una forma u otra (clasificación u otros medios de prueba de solvencia) de acreditar la solvencia de manera totalmente arbitraria e inmotivada (totalmente prohibido en artículos 9.3 de la Constitución Española y 54 de la Ley 30/1992), ya que, pudiendo existir motivos reales para tal exigencia o modo de actuar de la Administración, el hecho de no justificarlos produce o puede producir indefensión -como en este particular caso-”*.

El Ayuntamiento en su informe sostiene que *“El contrato NO se sujeta a clasificación al estar encuadrado en la categoría 27 del Anexo II TRLCSP (otros servicios) tal como consta expresamente indicado en el apartado 1 del Anexo 1 del PCAP, en cumplimiento del artículo 65.1 TRLCSP que establece que no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 Y 27 del Anexo II. La determinación de la categoría del Anexo II TRLCP debe realizarse analizando el objeto que es la prestación de los servicios de asistencia a la inspección y gestión tributarias del Ayuntamiento de Leganés respecto a la totalidad de los tributos municipales, y en las infracciones y sanciones tributarias que se deriven”*.

Cita en apoyo de su criterio el Informe 036/2012, de 7 de mayo de 2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado: *“(...) para entender que una determinada actividad constituye el objeto de un contrato de servicios debemos analizar previamente si su objeto tiene encaje en alguna de las actividades cuyos códigos CPC y CPV se enumeran en las categorías 1 a 26 del Anexo II del TRLCSP, para lo cual deberemos verificar con qué actividad de las listadas en el Reglamento (CE) N° 21/2002, se corresponde cada uno de los códigos que están incluidos en las 26 categorías.”*

Concluye el Ayuntamiento que *“En aplicación de la legislación y doctrina expuesta, cabe concluir que el encaje del contrato objeto del recurso en la categoría 27 está plenamente ajustado a la legalidad, por los motivos señalados y las consecuencias que se derivan de ello son las establecidas en el artículo 65.1 del TRLCSP”*.

Sobre este motivo, como ya se pronunció el Tribunal en su Resolución 128/2012 de 10 de octubre, hay que considerar que el artículo 65.1 del TRLCSP recoge lo dispuesto en el artículo 54.1 de la LCSP, en cuanto a no ser necesaria clasificación de los contratos de servicios de las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II, introduciendo únicamente como novedad, respecto del texto anterior, la referencia al valor estimado del contrato, en lugar del presupuesto, para el cálculo de la cuantía a efectos de determinar el umbral para la exigencia del requisito. La Disposición transitoria cuarta dispone que el apartado 1 del artículo 65, en cuanto determina los contratos para cuya celebración es exigible clasificación previa, entrará en vigor conforme establezcan las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasifican los contratos, continuando vigente hasta entonces el artículo 25.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. No obstante lo anterior, no será exigible la clasificación en los contratos de obras de valor inferior a 350.000 euros.

El Tribunal considera que la interpretación de este precepto, en cuanto a la remisión a su ulterior desarrollo, se refiere a los contratos de servicios para cuya celebración se establece la exigencia de clasificación, que en la anterior normativa no estaba contemplada, lo que no corresponde al caso que se estudia ya que se trata de un contrato de la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP excluido expresamente de citado requisito por el artículo 65.1 del citado texto.

Además, respecto de la entrada en vigor de esta normativa, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda vino a aclarar dudas en su informe 37/08, de 25 de abril de 2008, y posteriormente en su informe 9/2011, de 15 de diciembre, sobre “Cuestiones relacionadas con la Disposición transitoria quinta de la LCSP y la aplicación del artículo 54.1 de la Ley”, reiterando el criterio del anterior informe sobre si los contratos de servicios incluidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II de la LCSP están excluidos o, en su defecto, sujetos a clasificación empresarial, manifiesta que la clasificación no puede ser exigida por estar excluidos de clasificación -en ese momento por el artículo 54 de la Ley 30/2007-, los contratos de servicios de las citadas categorías del Anexo II, considerando además que las nuevas excepciones deben aplicarse directamente, no estando afectadas por el régimen transitorio de la entonces Disposición transitoria quinta y concluye que para no ser aplicadas todas las excepciones, “(...) *es decir que se exija la clasificación en las categorías 8, 26 en su totalidad y 27, se requiere que se creen los subgrupos necesarios y se incluyan en ellos un número suficiente de empresas, lo que aún no se ha producido*”.

En consecuencia, el recurso debe desestimarse por este motivo.

No obstante lo anterior, en base a lo establecido en el artículo 79 bis del TRLCSP, si algún licitador posee una clasificación que pueda considerar equivalente, podrá aportarla y que la Mesa decida sobre su admisión.

En segundo lugar, considera la recurrente que la solvencia técnica exigida a las empresas licitadoras en el apartado 5.3 del Anexo I del PCAP resulta desproporcionada ya que *“Si se acude al artículo 78 del TRLCSP se observará que no se prevé establecer un límite económico en cuanto a solvencia técnica se refiere, tal y como efectivamente se ha hecho en el PPT y en el PCAP del expediente de contratación que nos ocupa. Esta limitación debería haberse incluido, como mucho, en el PCAP y dentro de la cláusula de solvencia económica y financiera a tenor de lo que dispone el artículo 75.1.a) del mismo texto legal. Este nuevo hecho conlleva otro motivo de invalidez del expediente que aquí se recurre”*.

Además alega la desproporción de la cuantía argumentando que *“En relación con la proporcionalidad de la solvencia requerida, el artículo 62.2 del TRLCSP establece: “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 v ser proporcionales al mismo”. Es decir, no se podría -suponiendo que fuera válido el haber incluido en los Pliegos el requisito del que hablamos en este Fundamento Segundo donde se ha incluido y como se ha incluido- establecer como requisito haber gestionado o inspeccionado tributos locales por valor de 5 millones de € cuando la propia valoración del contrato que recoge el PCAP es de 1.652.892,50 € y la retribución es de 1.000.000 € bianuales IVA incluido”*.

El Ayuntamiento en su informe señala que en *“el Informe 6/2011, de 5 de julio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña se concluye que, según se ha manifestado reiteradamente por la jurisprudencia, la experiencia de los licitadores es uno de los elementos que se pueden tener en cuenta para evaluar su capacidad para realizar la prestación de que se trate y por lo tanto, es en la fase de verificación de la aptitud de las empresas, y no en la fase de valoración de las ofertas en las que se debe tener en cuenta, como así puso de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 20 de septiembre de 1988. Por lo que respecta específicamente la posibilidad de pedir una*

determinada experiencia (...) esta concreción consiste en exigir unas determinadas condiciones o requisitos que hacen referencia al tipo y a las características de esta experiencia, para delimitarla de acuerdo al objeto del contrato para la adjudicación del cual hay que acreditarla”.

También hace referencia a la Resolución 72/2014, de 23 de abril, de este Tribunal, en la que, respecto de un caso muy semejante, se sostenía que *“la acreditación de la solvencia para poder optar a la adjudicación de los contratos públicos, es el mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende garantizar que tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren”.*

Como señala el Ayuntamiento, este Tribunal analizó pormenorizadamente la cuestión de la experiencia, en cuanto requisito de solvencia técnica de la empresa, en su Resolución 72/2014 de 23 de abril, por lo que nos remitimos a las consideraciones expresadas en los fundamentos de la misma para admitir su inclusión, debiéndose destacar lo siguiente:

“Sobre este motivo de impugnación el artículo 62.2 del TRLCSP, 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 y que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación para acreditarlos se indicaran el anuncio de licitación y se especificaran en el Pliego del contrato debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

El principio de proporcionalidad sobre el que se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 14 de diciembre de 2004, en el asunto C-210/03, Swedish Match AB, (apartado 47) dice que ‘Debe además recordarse que el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los medios que aplica una disposición comunitaria

sean aptos para alcanzar el objetivo propuesto y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo'. En el mismo sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal de justicia en el asunto C-213/07 Michaniki AE contra Ethniko Symvoulío (ap. 49), de 16 de diciembre de 2008 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 refieren 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.

*Sobre este principio la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se manifiesta, entre otras, en Sentencias de 14 de mayo, 26 de septiembre y de 30 de octubre de 1990 (RJ 1990, 4905 y 7558) donde dice (...) 'la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, doctrina ésta ya fijada en las Sentencias de 24 noviembre 1987 (RJ 1987, 8240) y 15 marzo 1988 (RJ 1988, 2293)'.
En este sentido se ha manifestado también este Tribunal en diversas Resoluciones entre las que cabe citar: Resolución 24, de 22 de junio de 2011, en el recurso 22/2011, Resolución 54, de 19 de septiembre de 2011, en el recurso 53/2011; Resolución 78, de 23 de noviembre de 2011, en el recurso 84/2011; Resolución 103, de 10 de julio, en el recurso 96/2013 y Resolución 118, de 31 de julio de 2013".*

Respecto a la posible vulneración de la libre competencia, no nos encontramos en este supuesto con ventajas o limitaciones que favorezcan a anteriores adjudicatarios de contratos similares sino ante la acreditación de una experiencia que se estima esencial para el desarrollo del contrato. Se trata de la acreditación de una solvencia técnica relacionada con el objeto del contrato, sobre cuya procedencia se han pronunciado cumplidamente los órganos encargados de la

resolución de recursos y la Jurisprudencia, como se recogía en la Resolución citada, a la que nos remitimos una vez más.

El Ayuntamiento, para motivar la cantidad concreta establecida en el requisito de experiencia, alega que ha seguido el criterio del Tribunal, expresado en la mencionada Resolución, para la fijación de la misma. Dicha cantidad debe referirse a los importes correspondientes a los tributos locales que el Ayuntamiento debe inspeccionar y gestionar para cuyas funciones de gestión e inspección se realiza el contrato, *“Este es precisamente el criterio que se ha fijado por los técnicos municipales que ha quedado plasmado en el Pliego de Condiciones Administrativas objeto de recurso: haber realizado con anterioridad asistencias técnicas para la inspección de tributos locales cuyo resultado haya sido haber liquidado un mínimo de cinco millones de euros en un mismo contrato durante los últimos tres años. Cantidad que coincide exactamente con la estimación de recaudación realizada por los técnicos sobre la cual se aplica el 25% fijado como porcentaje de retribución del contratista y del cual se extrae el precio base de licitación”*.

El Tribunal mantuvo en la Resolución 72/2014, de 23 de abril que *“Dado el volumen de impuestos, que deben ser objeto de la inspección, la exigencia del Pliego para acreditar la solvencia técnica debe venir dada en relación con dichos impuestos con independencia de lo recaudado por no ser este dato indicativo de la capacidad del licitador”*.

En este caso el Ayuntamiento ha calculado la cantidad estimada a recaudar, el volumen de los impuestos, cinco millones de euros, cantidad que se recoge en el apartado 11 del PPT, precio de licitación y es la que ha exigido en el requisito de solvencia relativo a la experiencia adquirida en contrato anteriores, basándose en las liquidaciones tributarias y no en la deuda ingresada, ni en la retribución del contratista.

En consecuencia, se considera adecuado el requisito y proporcionado en sus

términos, por lo que procede desestimar el recurso por este motivo.

Por lo tanto, el recurso debe desestimarse por este motivo.

Sexto.- En cuanto a las pruebas propuestas por la recurrente, no procede su admisión ya que se trata en unos caso de documentos que constan en el Tribunal, como el listado de licitadores y el expediente administrativo y en el otro caso, del certificado sobre la recaudación media municipal, no se considera procedente puesto que ya consta en la documentación del expediente la cifra considerada por el Ayuntamiento.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso formulado por don F.P.R., en nombre y representación de SERVIMUN, S.L., contra los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares por los que ha de regirse el contrato de servicios de “Asistencia Técnica y Administrativa a la Inspección y Gestión Tributarias del Ayuntamiento de Leganés”, expediente 941/2014.

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 de la Ley 30/2007 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento acordad por el Tribunal el día 12

de junio de 2015.

Cuarto.- 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 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.