



EB 2019/144

Resolución 189/2019, de 12 de noviembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MOLATU PRODUKZIOAK, S.L. contra el Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato “Servicio para la colaboración en las actividades socio-culturales”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 30 de agosto de 2019, la empresa MOLATU PRODUKZIOAK, S.L. (en adelante, MOLATU) interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi – Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación pública contra el Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato “Servicio para la colaboración en las actividades socio-culturales”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.

SEGUNDO: El día 2 de septiembre este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe 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 (en adelante, LCSP). La citada documentación se recibió los días 2 y 3 de septiembre.



TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 38/2019, de 4 de septiembre, se acordó la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan interesados diferentes del recurrente y del poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de don E.U.A. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los pliegos que hayan de regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Tolosa tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los siguientes argumentos:

- a) Con la salvedad de la división del objeto del contrato en dos lotes, existe identidad del contrato actual con el anterior en cuanto a las prestaciones demandadas, la estimación del desglose de los servicios solicitados y el presupuesto de licitación, si bien este último con un ligero incremento. No obstante, se ha incrementado sustancialmente la solvencia requerida por lo que la recurrente, adjudicataria del contrato anterior, no podrá presentar oferta a pesar de haber acreditado solvencia y haber prestado el servicio sin ninguna incidencia.
- b) En lo que respecta a la condición de solvencia económica solicitada, el contrato de 2017 tenía una anualidad media de 134.300 € y MOLATU contaba con la solvencia requerida mientras que en el que ahora se impugna, cuyo Lote 1 tiene una anualidad media casi idéntica de 136.028,20 €, no alcanza el umbral de solvencia exigido, lo cual es desproporcionado, porque el contrato no es de gran complejidad o volumen económico, e impide la participación de las PYME por sí solas en el contrato.
- c) Resulta desproporcionado el requisito de solvencia técnica o profesional exigido, consistente en un mínimo de tres trabajos similares por un importe mínimo e individual de 75.000 € para el Lote 1, 25.000 € para el Lote 2 y un importe conjunto de 225.000 €, pues el término de comparación ha de ser que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato (artículo 90.2 de la LCSP) y la cláusula impugnada no da la posibilidad de acumular contratos de importes inferiores al mínimo exigido.

d) Además, se establecen otras tres condiciones de solvencia técnica, de las que el licitador debe acreditar dos, que adolecen de alguna carencia o infracción que impide valerse de ninguna de ellas.

e) El criterio de adjudicación que valora la experiencia del personal a adscribir en trabajos similares con un presupuesto superior a 50.000 € (apartado 19 del Anexo I del PCAP) es injustificado y desproporcionado, pues infringe el artículo 145.2 de la LCSP, regla 2ª, no se justifica que se permitan obtener condiciones de calidad y su ponderación de 36 puntos sobre 100 en el Lote 1 y 35 sobre 100 en el Lote 2 resulta excesiva.

f) La pretensión del recurso consiste en su estimación, la anulación del pliego recurrido ordenando la cancelación de la licitación y la aprobación de un nuevo pliego conforme a Ley.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) El contrato licitado en el 2019 no tiene que tener idénticas exigencias o requisitos que el del año 2017. Además, en el intervalo de tiempo entre uno y otro ha habido un cambio legislativo consistente en la derogación del TRLCSP y la entrada en vigor de la LCSP. Además, los contratos no son idénticos porque el que ahora se impugna, a diferencia del de 2017, se halla dividido en dos lotes a efectos de favorecer la competencia y libre concurrencia de los licitadores y existen diversas formas de acreditar la solvencia, como acudir a la de terceros, presentarse en UTE con otras empresas, etc.

b) La recurrente quiere imponer sus condiciones de solvencia económico-financiera y manifiesta tener un desconocimiento de las instalaciones en las que se desarrolla la ejecución del Lote 1, que cuenta con un instrumental de un elevado valor económico y la única infraestructura de este tipo en el municipio.

c) El criterio de adjudicación valora tareas objeto del contrato como la experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato, no la de la empresa, y es un criterio automático. Nada se puede reprochar al establecimiento de una ponderación de 36 puntos sobre 100 de este criterio porque nada señala la LCSP al respecto.

d) La solvencia económica exigida no es desproporcionada porque el importe del volumen anual de negocios requerido no llega al 45 por ciento de lo exigido legalmente. En lo que respecta a la solvencia técnica, el recurrente se olvida de que el porcentaje del 70 por ciento de la anualidad media del contrato, que es el que alega como término válido de comparación al efecto de la proporcionalidad del requisito de solvencia, únicamente es exigible en defecto de que se haya establecido en el PCAP el valor mínimo exigido (primer inciso del artículo 90.2 de la LCSP) y en la cláusula impugnada se establece dicho valor para cada una de las condiciones de solvencia exigidas.

e) A través de la impugnación de la falta de justificación del criterio de adjudicación referido a la experiencia el recurrente intenta convertirse en poder adjudicador.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso plantea la proporcionalidad de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional exigida y la del criterio de adjudicación “Experiencia”, así como la falta de idoneidad de este criterio. El análisis del recurso partir del contenido de las cláusulas del Pliego de cláusulas administrativas (en adelante, PCAP) impugnadas:

Apartado 11 del Anexo I del PCAP

LOTE 1: Contratación del servicio para la colaboración en las actividades socio-culturales que se realizan en el Cine Leidor de Tolosa.

La solvencia, se podrá acreditar indistintamente mediante

A) clasificación (aun cuando la clasificación no es exigible en este tipo de procedimiento).

B) la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica.

A- Clasificación

Conforme a lo dispuesto en el artículo 37 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, caso de que las empresas acrediten estar clasificadas, deberán estarlo en los siguientes grupos/subgrupos y **deberán indicar en el DEUC a incluir en el sobre A que se encuentran clasificadas, o bien incluir en el sobre A dicho certificado de clasificación, a fin de que la unidad de contratación del Ayuntamiento pueda verificar dicha clasificación.**

Grupo L Subgrupo 5. Organización y promoción de congresos, ferias y exposiciones. Categoría 3

Grupo L Subgrupo 6. Servicios de portería, control de accesos e información al público. Categoría 3

B- Acreditación de la solvencia: medios.

- Acreditación de la solvencia económica y financiera:

De conformidad con lo dispuesto en la letra a) del artículo 87.1 de la LCSP, se exigirá que el empresario acredite, rellenando para ello el apartado correspondiente del DEUC (y que debe introducirse en el sobre A), el volumen anual de negocios global de la empresa referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles, cuya cifra en todo caso deberá ser no inferior a trescientos mil (300.000,00 €) euros.

La justificación de dicha solvencia se realizará mediante presentación de las cuentas anuales debidamente depositadas en el Registro Mercantil, referidas al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles y que habrá que incluir en el sobre A.

- Acreditación de la solvencia técnica:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.1 de la LCSP, para acreditar la solvencia técnica, los licitadores deberán acreditar el cumplimiento de lo siguiente:

a) una relación de los principales servicios o trabajos realizados por la empresa (no por el personal de la misma) de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 de la LCSP, será necesario acreditar la realización **como mínimo de tres trabajos** de igual o similar naturaleza y por importe individual anual (IVA incluido) de al menos 75.000 euros.

Además, deberán acreditar el cumplimiento, de como mínimo, dos medios de los tres que a continuación se relacionan, a su elección:

b) **Indicación del personal técnico** o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad.

e) **Títulos académicos y profesionales** del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la ejecución del contrato, así como de los técnicos encargados directamente de la misma.

g) **Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y del número de técnicos durante los tres últimos años.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 de la LCSP, dicha plantilla media tendrá que estar conformada al menos por cuatro personas, tantas como van a ser adscritas como mínimo a la ejecución del contrato.

LOTE 2: Contratación del servicio para la colaboración en las actividades socio-culturales que se realizan en el municipio de Tolosa, excluidas las del Lote 1

La solvencia, se podrá acreditar indistintamente mediante:

- A) clasificación (aun cuando la clasificación no es exigible en este tipo de procedimiento).
- B) la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica.

A- Clasificación

Conforme a lo dispuesto en el artículo 37 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, caso de que las empresas acrediten estar clasificadas, deberán estarlo en los siguientes grupos/subgrupos y **deberán indicar en el DEUC a incluir en el sobre A que se encuentran clasificadas, o bien incluir en el sobre A dicho certificado de clasificación, a fin de que la unidad de contratación del Ayuntamiento pueda verificar dicha clasificación.**

Grupo: L Subgrupo 5. Organización y promoción de congresos, ferias y exposiciones. Categoría 3

Grupo L Subgrupo 6. Servicios de portería, control de accesos e información al público. Categoría 3

B- Acreditación de la solvencia: medios.

- Acreditación de la solvencia económica y financiera:

De conformidad con lo dispuesto en la letra a) del artículo 87.1 de la LCSP, se exigirá que el empresario acredite, rellenando para ello el apartado correspondiente del DEUC (y que debe introducirse en el sobre A), el volumen anual de negocios global de la empresa referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles, cuya cifra en todo caso deberá ser no inferior a cincuenta mil (50.000,00 €) euros.

La justificación de dicha solvencia se realizará mediante presentación de las cuentas anuales debidamente depositadas en el Registro Mercantil, referidas al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles y que habrá que incluir en el sobre A.

- Acreditación de la solvencia técnica:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.1 de la LCSP, para acreditar la solvencia técnica, los licitadores deberán acreditar el cumplimiento de lo siguiente:

- a) una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 de la LCSP, será necesario acreditar la realización como mínimo de tres trabajos de igual o similar naturaleza y por importe individual anual (IVA incluido) de al menos 25.000 euros.

Además, deberán acreditar el cumplimiento, de como mínimo, dos medios de los tres que a continuación se relacionan, a su elección:

b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad.

e) Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la ejecución del contrato, así como de los técnicos encargados directamente de la misma.

g) Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y del número de técnicos durante los tres últimos años. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 de la LCSP, dicha plantilla media tendrá que estar conformada al menos por dos personas, tantas como van a ser adscritas como mínimo a la ejecución del contrato.

(...)

19.- Criterios de adjudicación. (Cláusulas 20, 30 y 32)

LOTE 1: Contratación del servicio para la colaboración en las actividades socio-culturales que se realizan en el Cine Leidor de Tolosa.

- Criterios valorables en cifras o porcentajes: 100 puntos.

(...)

Experiencia	Se valorará la experiencia del personal (no de la empresa) a adscribir a la ejecución del contrato (un/a técnico de iluminación y sonido, un/a taquillero/a y dos auxiliares en trabajos de acomodador, cargas y descargas, mantenimientos básicos y apoyo técnico) en trabajos similares y con un presupuesto superior a cincuenta mil euros a razón de 3 puntos por trabajo realizado. Esta experiencia se valorará con certificados emitidos por las entidades adjudicadoras de la realización de dichos trabajos. Se otorgarán como máximo 9 puntos a cada uno de ellos.	36 puntos
-------------	--	-----------

LOTE 2: Contratación del servicio para la colaboración en las actividades socio-culturales que se realizan en el municipio de Tolosa, excluidas las del Lote 1.

- Criterios valorables en cifras o porcentajes: 100 puntos.

(...)

Experiencia	Se valorará la experiencia del personal (no de la empresa) a adscribir a la ejecución del contrato (dos auxiliares en trabajos de acomodador, cargas y descargas, mantenimientos básicos y apoyo técnico) en la trabajos similares y con un presupuesto superior a cincuenta mil euros a razón de 6 puntos por trabajo realizado. Esta experiencia se valorará con certificados emitidos por las entidades adjudicadoras de la realización de dichos trabajos. Se otorgarán como máximo 18 puntos a cada uno de ellos.	35 puntos
-------------	--	-----------

A la vista de todo ello, se exponen las siguientes apreciaciones:

a) Sobre la solvencia económica y financiera exigida

El recurrente alega que la solvencia económica y financiera exigida es excesiva en comparación con la solicitada en el contrato anterior con el que el actual guarda gran identidad en lo que se refiere al valor estimado y a las prestaciones a ejecutar. El artículo 87.1 de la LCSP recoge como uno de los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera el volumen anual de negocios del licitador y no solo describe los datos económicos y financieros a los que se refiere y su forma de probarlos, sino que además prohíbe que, salvo excepciones cuyas razones deben señalarse en los pliegos o en el informe específico del artículo 336 de la LCSP, el umbral exigido pueda superar una vez y media el valor estimado del contrato, límite que la cláusula impugnada no supera. Téngase en cuenta que el umbral mínimo exigido para concurrir al Lote 1 se cifra en 300.000 euros, que representa el 66,71 por ciento del valor estimado de dicho lote, que es de 449.680 euros, para el Lote 2 se establece un umbral de volumen anual de negocios de 50.000 euros, que representa un 67,24 por ciento de 74.358 euros, que es el valor estimado de dicho Lote 2 y para la oferta integradora el umbral exigido es de 350.000 euros, que representa el 66,8 por ciento del valor estimado total del contrato. Consecuentemente, la cláusula impugnada se ajusta a la LCSP en cuanto al análisis de la proporcionalidad de los umbrales impugnados se refiere.

No puede prosperar la pretensión del recurrente de que se aprecie el mismo umbral de solvencia económica y financiera que en el contrato anterior porque corresponde al poder adjudicador la determinación y concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y técnica, así como de los medios admitidos para su acreditación, con el fin de garantizar el nivel adecuado de competencia y capacidad para el cumplimiento del contrato y asegurar el interés público (artículo 92 de la LCSP). Ello significa que en cada contrato se podrán establecer los requisitos y umbrales de solvencia que se consideren convenientes, siempre que se respeten los requisitos de sujeción al objeto del contrato, respeto al principio de proporcionalidad y a los límites generales del ejercicio de una potestad discrecional (ver, en este sentido la Resolución 102/2019 de este OARC/KEAO), sin que el poder adjudicador tenga que estar condicionado por

actuaciones precedentes. Además, en el supuesto analizado se ha de tener en cuenta que la cláusula del contrato anterior alegada por el recurrente carece de umbral mínimo a acreditar por los licitadores, por lo que difícilmente puede servir de término de comparación en cuanto al análisis de la proporcionalidad de los umbrales impugnados. Finalmente, cabe indicar que el recurrente puede participar en el procedimiento de adjudicación procediendo a integrar su solvencia con la de otras entidades (artículo 75 de la LCSP y cláusula 16 del PCAP) o accediendo a la adjudicación de uno de los lotes en los que se ha dividido el objeto del contrato.

Consecuentemente, este motivo de impugnación ha de ser desestimado.

b) Sobre la solvencia técnica o profesional exigida

Se exige la acreditación de tres trabajos por un importe individual anual igual o superior a 75.000 € para el Lote 1 y 25.000 euros para el Lote 2, lo cual es considerado por el recurrente como desproporcionado habida cuenta del valor estimado del Lote 1 de 449.680,00 € y del Lote 2 de 74.358,00 €.

La finalidad de insertar en el procedimiento de adjudicación la verificación de la solvencia es la de asegurar que los licitadores poseen requisitos personales de capacidad técnica y económica que les hacen merecedores de la presunción de que pueden ejecutar correctamente la prestación contractual en el caso de resultar adjudicatarios (ver, en este sentido la Resolución 161/2018 del OARC/KEAO). En concreto, la finalidad de exigir una capacidad técnica y profesional responde a la necesidad de asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad, lo cual pueden acreditarlo mediante la experiencia demostrada en la ejecución de contratos en el pasado. Ahora bien, como se ha indicado en la letra a) anterior, el señalamiento de los requisitos y umbrales mínimos debe obedecer al principio de proporcionalidad, lo cual implica que toda medida que se adopte deba ser necesaria y proporcionada al fin perseguido (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 1989, asunto C-256/87).

Conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 de la LCSP, cuando el órgano de contratación considere conveniente solicitar la experiencia del licitador como forma de acreditar su capacidad técnica o profesional y no establezca expresamente un umbral mínimo, éste será el importe anual acumulado que en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato. Si bien es cierto, tal y como alega el poder adjudicador, que esta disposición únicamente se aplica en defecto de especificación en los pliegos, que no es el caso objeto de recurso, no es menos cierto que se puede utilizar como un elemento interpretativo de lo que el legislador considera proporcionado. Este umbral quedaría fijado en el contrato que nos ocupa en 78.694 euros para el Lote 1 (cuya anualidad media calculada en relación con el valor estimado del contrato y su posible duración total es de 112.420 euros) y para el Lote 2 de 13.012,65 euros (cuya anualidad media es de 18.589,5 euros)

El otro parámetro interpretativo que nos ofrece el PCAP para determinar al caso concreto la proporcionalidad del nivel de solvencia exigido es el de la categoría de la clasificación exigida: para el Lote 1 la categoría 3 en el grupo L, subgrupo 5 “Organización y promoción de congresos, ferias y exposiciones”, y para el Lote 2, igualmente la categoría 3 en el Grupo L, Subgrupo 6, “Servicios de portería, control de accesos e información al público”.

El artículo 39 del RGLCAP, relativo a la clasificación en subgrupos y categorías de los contratos de servicios, establece que para obtener la clasificación en el subgrupo se requiere, entre otros requisitos, haber ejecutado al menos un contrato de servicios específicos del subgrupo durante el transcurso de los cinco últimos años (artículo 39.1.a) y la categoría en el subgrupo solicitado será fijada tomando como base el mayor de los siguientes importes: a) El máximo importe anual que haya sido ejecutado por el contratista en los cinco últimos años en un único trabajo correspondiente al subgrupo, b) El importe máximo anual ejecutado en uno los cinco últimos años naturales en un máximo de cuatro trabajos del subgrupo, afectado este importe de un coeficiente reductor dependiente del número de ellos, cifras que se mejorarán en los tantos por ciento que se fijan en el párrafo 3 de dicho artículo. Por su parte, el artículo 38 del RGLCAP dispone

que las categorías se clasifican por su cuantía y que ésta se efectuará por referencia al valor medio anual del contrato si éste tiene una duración superior al año, como en el caso que nos ocupa.

La primera conclusión que se deriva de estos términos de comparación y el primer reproche a realizar al umbral de solvencia técnica exigida es que no cabe acumular los contratos ejecutados durante el período de un año, posibilidad que se contempla para otorgar la clasificación de contratista de servicios que se exige de forma alternativa a la clasificación en la cláusula impugnada, lo cual obliga, en defecto de clasificación, a una acreditación individualizada de tres contratos anuales, cada uno de ellos con un importe mínimo determinado.

En cuanto a los importes solicitados, tanto en el artículo 90.2 de la LCSP como en el 38 del RGLCAP, el importe de la experiencia se refiere a la anualidad media o valor medio anual que en el Lote 1 es de 112.420 euros y en el Lote 2 de 18.589,5 euro. De la simple comparación del importe mínimo exigido para cada uno de los tres trabajos acreditar en el Lote 2 (25.000 euros por contrato) y del valor medio anual resultante para dicho lote (18.589,5 euros) se desprende la consecuencia de la desproporcionalidad de los solicitados, que representan cada uno de ellos un 34,4 por ciento más del importe medio a ejecutar cada año. En lo que respecta al Lote 1, la desproporción no se deriva de su importe, que es inferior al valor medio anual, sino de que no se permita la acumulación de los importes de los trabajos realizados.

Es indudable que la exigencia de un plus de solvencia respecto al establecido por defecto en el artículo 90.2 de la LCSP y en la forma de otorgar la categoría en la clasificación de contratistas limita la concurrencia por lo que necesariamente requiere de una adecuada justificación en relación con el objeto del contrato, tal y como se exige en el artículo 116.4.c) de la LCSP, que no se observa en el expediente de contratación analizado. Aplicar el principio de proporcionalidad, expresamente recogido en el artículo 132.1 de la LCSP, es determinante para evitar la exigencia de unos requisitos excesivos que dificulten la licitación de operadores económicos que están capacitados para ejecutar el contrato.

Consecuentemente, este motivo de impugnación ha de estimarse.

c) Sobre las condiciones de solvencia técnica adicional a acreditar

Se impugnan las siguientes deficiencias de las otras tres condiciones de solvencia técnica exigidas, de las que el licitador debe acreditar dos a su elección:

1.- Se exige la indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad y el recurrente alega que no se especifica el umbral mínimo

2.- Se deben aportar títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la ejecución del contrato, así como de los técnicos encargados de la misma y se recurre que no se establece un umbral mínimo y no se motiva la razón por la que este medio acredita la aptitud del licitador.

3.- La declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y del número de técnicos de los últimos tres años que debe estar conformada dicha plantilla media al menos por cuatro personas, es contraria al principio de proporcionalidad y vinculación con el objeto del contrato.

Se debe dar la razón a la recurrente en lo que al motivo impugnatorio de estos tres criterios de capacidad técnica se refiere, dado que respecto de los dos primeros se ha incumplido la obligación señalada en el artículo 74.2 de la LCSP de que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato. No se comparte el criterio del poder adjudicador de que se ha expresado un umbral mínimo porque de la simple lectura de la cláusula se desprende que únicamente se relacionan los medios probatorios relacionados en las letras b), e) y g) del artículo 90.1 de la LCSP, pero no se especifican ni los controles de

calidad ni las titulaciones académicas o profesionales a exigir a los licitadores. Téngase en cuenta que la omisión en la documentación contractual de la información referida al umbral mínimo de selección del licitador supone una infracción del principio de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate; obligación que (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (ver, en este sentido, la Resolución 130/2019 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita). Esta falta de transparencia se ve agravada porque se ha omitido el requisito del artículo 116.4.c) de la LCSP de que se justifiquen los criterios de solvencia técnica o profesional exigidos. Téngase en cuenta que en relación con el requisito 1 (indicación del personal técnico o de las unidades técnicas y del control de calidad) el PPT no contiene ningún parámetro de calidad de la prestación y que en relación con el requisito 2 (títulos académicos y profesionales del empresario) el PPT fija como condición de ejecución la categoría profesional del personal que debe ejecutar el servicio, por lo que la solicitud de estas condiciones de solvencia requiere su justificación en el expediente. Este mismo reproche, el de la falta de motivación, cabe realizarse del requisito de la exigencia de una plantilla media anual de la empresa que exige un mínimo que impide al recurrente, adjudicatario anterior de un contrato similar cuyas obligaciones y valor estimado no difieren sustancialmente del ahora impugnado, presentar oferta al Lote 1 o a ambos lotes sin que se motive en el expediente la razón de tal medida.

Consecuentemente, el motivo de impugnación ha de estimarse.

d) Sobre la exigencia de la experiencia del personal adscrito al contrato como criterio de adjudicación.

Se impugna el criterio de adjudicación que valora de forma automática la experiencia de personal adscrito a la ejecución del contrato por infringir lo dispuesto en el artículo 145.2, párrafo segundo, de la LCSP, que dispone que Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes: (...) 2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

El citado artículo 145.2 de la LCSP no restringe la posibilidad de fijar este criterio a las prestaciones de carácter intelectual, pero sí que exige que la calidad del personal adscrito al contrato pueda afectar “de manera significativa” a su mejor ejecución. Este artículo es la transposición del artículo 67.2.b) de la Directiva 2014/24/UE cuyo Considerando 94 (elemento interpretativo de la parte dispositiva) señala que se puede utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato “Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato (...)”, citando a modo de ejemplo los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura.

A este respecto, la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204 ha manifestado que la calidad de la ejecución de un contrato puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia y su formación, como sucede con las prestaciones de contenido predominantemente intelectual, y que esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, y por lo tanto ser utilizada, en estos casos, como criterio de adjudicación (ver, en este sentido las Resoluciones 55/2015 y 17/2016 del OARC / KEAO).

El objeto del contrato impugnado es la colaboración en las actividades socio-culturales del Ayuntamiento de Tolosa y de la descripción de las prestaciones a ejecutar en ambos lotes se desprende que los adjudicatarios deben ejecutar, en términos generales, labores auxiliares de montaje y desmontaje, de mantenimiento de las instalaciones y del equipamiento técnico del que disponen las salas, vigilancia de las instalaciones y de quienes asisten a las mismas y servicios de taquilla y, conforme a lo dispuesto en la cláusula 3 del PPT, el personal a adscribir al Lote 1 consistirá en un/a técnico de iluminación y sonido, un/a taquillero/a, y dos auxiliares en trabajos de acomodador, cargas y descargas, mantenimientos básicos y apoyo técnico y en el Lote 2 dos auxiliares en trabajos de acomodador, cargas y descargas, mantenimientos básicos y apoyo técnico. Asimismo, resulta relevante resaltar que la documentación contractual no contiene especificación alguna sobre normas de calidad cuyo cumplimiento se exija al personal encargado de ejecutar el contrato.

Consecuentemente, a la vista de la naturaleza de los trabajos a realizar, perfectamente definidos en el PPT, que requieren del desempeño de una habilidades y destrezas que se pueden adquirir en un plazo de tiempo no muy prolongado y en los que no se exige el cumplimiento de normas de calidad, debe convenirse que la experiencia de la que precisan los trabajadores para una correcta ejecución de los trabajos no constituye un elemento decisivo del valor de la oferta. Téngase en cuenta que la cláusula 3 del PPT prevé que, si las circunstancias así lo exigieran, la empresa adjudicataria pueda adscribir a la ejecución del contrato a más personas de las solicitadas, que pueden ser objeto de contratación puntual o bien de subcontratación, respecto de las que no se exige experiencia alguna. Además, dicha cláusula exige la designación de una persona responsable del contrato con las funciones de dirección, organización y supervisión del trabajo (cláusula 3 del PPT), quien puede ser sustituido en caso de ausencia sin que conste ninguna obligación de comunicación previa al órgano de contratación o de autorización previa de la persona que la sustituya. En este sentido, no resulta congruente con la finalidad del criterio de adjudicación debatido que se exija experiencia del personal inicialmente adscrito al contrato y, sin embargo, sea del todo indiferente la del personal a adscribir durante la ejecución del contrato y la de quien coordinará, supervisará y dirigirá los trabajos.

Además, de la descripción de las tareas efectuada en el PPT se deduce que las habilidades y destrezas que pueda requerir el personal adscrito al servicio no son especialmente complejas y pueden ser facilitadas por la propia empresa adjudicataria a través de la transmisión de instrucciones por el responsable del contrato a quien el PPT impone funciones de dirección y supervisión del personal. Finalmente, se ha de tener en cuenta que las empresas licitadoras, a través de la exigencia de la experiencia como requisito de capacidad técnica, demuestran que pueden ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad.

Consecuentemente, este motivo impugnatorio debe ser estimado.

e) Conclusión

Procede la anulación del apartado 11 del Anexo I, en lo concerniente a la “Acreditación de la solvencia técnica” del Lote 1 y 2 y oferta integradora y el criterio de adjudicación del apartado 19 “Experiencia” en lo concerniente al lote 1 y 2.

La normativa de la Unión Europea aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso (ver, por ejemplo, la resolución 70/2014, de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01)

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MOLATU PRODUKZIOAK, S.L. contra el Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato “Servicio para la colaboración en las actividades socio-culturales”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa, anulando las cláusulas que se indican a continuación y cancelando la licitación:

- Lote 1: Del Anexo I, la cláusula “Acreditación de la solvencia técnica” del apartado 11, y el criterio “Experiencia” del apartado 19.
- Lote 2: Del Anexo I, la cláusula “Acreditación de la solvencia técnica” y el umbral de plantilla media solicitado para la oferta integradora del apartado 11 y el criterio “Experiencia” del apartado 19.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko urriaren 12a

Vitoria-Gasteiz, 12 de noviembre de 2019