

**Recurso nº 73/2018**

**Resolución nº 74/2018**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 17 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por A.L.L. actuando en nombre y representación de SCIENCE & INNOVATION LINK OFFICE S.L. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares de la contratación de un servicio de oficina técnica del proyecto SMARTiago en aplicación de un convenio de colaboración del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad con el Ayuntamiento de Santiago de Compostela, código CON/31/2018, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El Ayuntamiento de Santiago de Compostela convocó la licitación del contrato de servicios referido a oficina técnica del proyecto SMARTiago en aplicación de un convenio de colaboración del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad con el Ayuntamiento de Santiago de Compostela, código CON/31/2018, con un valor estimado declarado de 466.942,15 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE el 27.07.2018 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 23.07.2018.

**Segundo.-** El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP).

**Tercero.-** Impugna la recurrente las siguientes cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP):

. Apartado 4 del Anexo 0 :

*“Acreditación de la solvencia técnica o profesional:*

*Requisitos mínimos de solvencia:*

*. La relación de los trabajos de igual o similar naturaleza a la del objeto del contrato ejecutados en los últimos tres años, acompañada de certificados de buena ejecución en los que se haga constar su importe, fecha y destinatario, de tal manera que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 326.859'50 euros. En cualquier caso, deberán acreditar cuando menos un trabajo para la administración pública, de servicio de oficina técnica de proyectos CPI, articulado a través de convenios de la línea FID del Ministerio de Economía Industria y Competitividad (MEIC) financiado con fondos europeos, contratado por un importe no inferior al presupuesto de esta licitación en más de un 15%, en los últimos 5 años. Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificado expedido o visado por el órgano competente.”*

. Apartado A.2.1 del Anexo 0

*“”A.2. Equipo de trabajo adscrito directamente a la ejecución del contrato (Hasta 10 puntos)*

*A.2.1. Dirección de proyecto (Hasta 5 puntos)*

*Con respeto a la dirección de proyecto propuesta en el equipo de trabajo mínimo, se tendrá en este subapartado en cuenta la experiencia en dirección de trabajos de oficina de proyectos CPI financiados con fondos FEDER articulados a través de convenios de la línea FID del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (MEIC) y la experiencia en dirección de trabajos de oficina de proyectos financiados con fondos FEDER en la administración local.”*

. Apartado 1 del Anexo 0:

*“Código CPV: 72000000-5”*

**Cuarto.-** Este recurso especial fue interpuesto por SCIENCE&INNOVATION LINK OFFICE S.L (SILO, en adelante) el 09.08.018 a través sede electrónica de la Xunta de Galicia.

**Quinto.-** Con fecha 13.08.2018 se reclamó al Ayuntamiento de Santiago de Compostela el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 LCSP, siendo recibido el 06.09.2018.

**Sexto.-** Se trasladó el recurso a los interesados el 06.09.2018, sin que se recibieran alegaciones.

**Séptimo.-** El 20.08.2018 el TACGal acordó la medida cautelar de suspensión de la licitación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** El presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**Tercero.-** El presente recurrente tiene legitimación puesto que, como expresamos en la Resolución TACGal 1/2018 entre otras:

*“La recurrente, (...), está legitimada para interponer el presente recurso aunque no tenga la condición de licitador, pues precisamente las bases de la convocatoria le provocan a su entender un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y la obtención de una resolución favorable. En este sentido, las prestaciones del contrato al que se refiere esta impugnación están incluidas en el ámbito de su actividad empresarial.”*

**Cuarto.-** Dado que los pliegos fueron publicados en la Plataforma de Contratos del Sector Público el 23.07.2018, el recurso fue interpuesto en el plazo de 15 días del artículo 50 LCSP.

**Quinto.-** Estamos en presencia de la impugnación del PCAP de un contrato de servicios de valor estimado de 466.942,15 €, por lo que es admisible al amparo del artículo 44 LCSP.

**Sexto.-** SILO considera desproporcionado y contrario a la igualdad de trato exigir:

- como criterio de solvencia:

*“deberán acreditar cuando menos un trabajo para la administración pública, de servicio de oficina técnica de proyectos CPI, articulado a través de convenios de la línea FID del Ministerio de Economía Industria y Competitividad (MEIC) financiado con fondos europeos, contratado por un importe no inferior al presupuesto de esta licitación en más de un 15%, en los últimos 5 aos. Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificado expedido o visado por el órgano competente.”*

- como criterio de adjudicación:

*“experiencia en dirección de trabajos de oficina de proyectos CPI financiados con fondos FEDER articulados a través de convenios de la línea FID del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (MEIC)”*

También considera incorrectamente designada la clasificación CPV, cual fue la de “72000000 - Servicios TI: consultoría, desarrollo de software, Internet y apoyo.”

**Séptimo.-** El informe del órgano de contratación describe la elevada complejidad y grado de innovación tecnológica del proyecto SMARTiago y la dificultad añadida de un proyecto de compra pública innovadora, que hace más complejos los procesos de adjudicación, lo que obliga a superar el desconocimiento y falta de experiencia del Ayuntamiento tanto a nivel técnico como administrativo. Todo esto en el marco de un proyecto dotado con fondos FEDER y en un Convenio que, entre otras restricciones, establece un plazo máximo de cuatro años para la ejecución de dicha primera fase (I+D+i), sin posibilidad de prórroga.

También trae a colación los recursos y situación interna del Ayuntamiento, que considera relevante en la medida que el propio contrato de servicios que se justifica en la falta de medios personales y materiales de este Ayuntamiento para abordar el trabajo. En este punto aporta importantes dificultades para el cumplimiento de los objetivos en tiempo y forma si no se dota al proyecto de los recursos adecuados.

Alude a que se trata de una Administración local de tamaño medio, que no cuenta con los medios que ofrecen a otras Administraciones capacidad de respuesta durante la ejecución del proyecto ante cualquier problema o cualquier deficiencia derivada de una incorrecta adjudicación. Por este motivo, se considera que la Oficina Técnica tiene para este proyecto en concreto un papel más relevante si cabe, entendiendo que resulta necesario garantizar no solo solvencia técnica general sino también el máximo nivel de conocimiento específico, con el objeto de reducir dentro de lo posible el nivel de incertidumbre durante la ejecución.

Expresa también que se ponderó el riesgo de una incorrecta ejecución del proyecto por encima del derivado de un posible menor número de licitadores y que, en todo caso, se habría conseguido el objetivo de concurrencia, pues hay dos ofertantes presentados.

Respecto del criterio de adjudicación A.2.1 considera que la solvencia técnica de un proveedor por sí sola no garantiza que el equipo finalmente adscrito al proyecto cuente con la necesaria calidad, que es un criterio de solo 5 puntos sobre un total de 100.

Sobre el código CPV se defiende que *“en la práctica, la utilidad de este código el Vocabulario Común de Contratos Públicos se encuentra en que ofrece la posibilidad de identificar licitaciones y adjudicaciones en cualquier país de la Unión Europea sin necesidad de traducciones. El código CPV aporta diversas funciones extra al comportarse como un medio adicional de información y ser un elemento estadístico”*, a lo que se añade que el elegido tiene relación con el contrato.

**Octavo.-** La primera cláusula PCAP que cuestiona el recurrente va referida al del Anexo 0, apartado 4, que recoge:

*“Acreditación de la solvencia técnica o profesional:*

*Requisitos mínimos de solvencia:*

*. La relación de los trabajos de igual o similar naturaleza a la del objeto del contrato ejecutados en los últimos tres años, acompañada de certificados de buena ejecución en los que se haga constar su importe, fecha y destinatario, de tal manera que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 326.859'50 euros. En cualquier caso, deberán acreditar cuando menos un trabajo para la administración pública, de servicio de oficina técnica de proyectos CPI, articulado a través de convenios de la línea FID del Ministerio de Economía Industria y Competitividad (MEIC) financiado con fondos europeos, contratado por un importe no inferior al presupuesto de esta licitación en más de un 15%, nos últimos 5 años. Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificado expedido o visado por el órgano competente.”*

El recurrente cuestiona que se pueda exigir *“cuando menos un trabajo para la administración pública, de servicio de oficina técnica de proyectos CPI, articulado a través de convenios de la línea FID del Ministerio de Economía Industria y Competitividad (MEIC) financiado con fondos europeos, contratado por un importe no inferior al presupuesto de esta licitación en más de un 15%, en los últimos 5 años. Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificado expedido o visado por el órgano competente.”*

Concretamente considera que no se puede pedir un servicio idéntico al del objeto del contrato, con las especificidades recogidas en ese apartado reproducido.

De la visión del apartado en cuestión observamos que, frente a la mención inicial que admite una relación de los trabajos de igual o similar naturaleza a la del objeto del contrato ejecutados en los últimos tres años, a la ulterior que nos ocupa tiene una multiplicidad de concreciones y restricciones, como son, de forma acumulativa: *“trabajo para administración pública”, “servizo de oficina técnica”* que ese servicio de oficina técnica sea de *“proyectos CPI”* (compra pública innovadora), que además venga de convenios *“de la línea FID”* (línea “Fondo de Innovación desde la Demanda”) de un Ministerio determinado y con una financiación determinado (fondos europeos), y finalmente *“contratado por un importe no inferior al presupuesto de esta licitación en más de un 15%, en los últimos 5 años”*.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 36/07, de 5 de julio de 2007, identifica cinco condiciones para los criterios de solvencia, como son: que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato, que sean criterios determinados, que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato, que se encuentren entre los enumerados en los

artículos de la Ley según el contrato de que se trate y, en lo que nos ocupa, que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio.

En este sentido es importante destacar la importancia de la proporcionalidad en los criterios de solvencia por cuanto que este aspecto afecta a la misma posibilidad de acceder y participar a la licitación, esto es, a la fase más primaria del principio de concurrencia.

Pues bien, un criterio de solvencia como el expuesto, con todas esas determinaciones descritas, es contrario a ese principio de concurrencia y al de igualdad de trato en la licitación, recogidos en el artículo 132 LCSP.

De hecho el artículo 90 LCSP siempre alude al binomio de servicios o trabajos de igual o similar naturaleza.

En este sentido, hacemos nuestra mención referida en la Resolución 163/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) de que *“De otra parte, semejanza o similitud no es identidad, de modo que las prestaciones de unos y otro contratos comparados no han de identificarse completamente, sino que el examen ha de dirigirse a determinar si entre las prestaciones ya realizadas y las que son objeto de licitación existe el grado de semejanza necesario para concluir que la empresa que llevo a cabo aquellos trabajos tiene capacidad técnica suficientes para ejecutar las prestaciones del contrato licitado.”* Como ahí se recoge, con carácter general: *“Se trata por tanto de una evaluación técnica del contenido de las prestaciones de los contratos para cuyo examen es indiferente, y por tanto no ha de tenerse en cuenta, el ámbito material de competencias de las administraciones, organismos, órganos de contratación u órganos proponentes de aquellos contratos y del licitado.”*

La mención del Ayuntamiento a la complejidad del proyecto al que servirá esta oficina técnica a contratar no es una causa suficiente de por sí para restringir la concurrencia, sin demostración ante este Tribunal de que es, exclusivamente, el único camino posible. Tampoco lo es la referencia a la carencia de medios de esa Administración, pues eso justifica que se opte por acudir al mercado con esta licitación, pero no que sea imprescindible una identidad como la recogida en la frase cuestionada. De hecho, la descripción de los servicios a desarrollar en el apartado 4 del PPT no denota que sea necesaria una regla de solvencia tan cualificadamente limitativa de la concurrencia como aquella.

Tampoco es explicación suficiente que existan dos participantes en esta licitación, más cuando en el escrito presentado en una oficina de correos el 26.07.2018 (antes de la fecha en que se presentaron ofertas en esta licitación) por SILO hacia al órgano de contratación ya identificaba el pequeño número de empresas (cuatro) que podrían llegar a tener algo similar a esa referencia de solvencia y dentro de esas están las que aparecen luego aquí como partícipes, lo cual de la verosimilitud a que, con ese criterio, solo podían concurrir un número muy limitado de empresas.

A mayores, alude el recurso a que ni estos cumplirían con el pliego, pues son trabajos aún en ejecución.

**Noveno.-** También recurre SILO que se recoja como criterio de adjudicación a *“experiencia en dirección de trabajos de oficina de proyectos CPI financiados con fondos FEDER articulados a través de convenios de la línea FID del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (MEIC)”*

Una vez más, vemos el determinismo y concreción antes descrita, y que ya no reiteramos.

El principio de concurrencia e igualdad rige, evidentemente, también respecto de los criterios de adjudicación, de forma que estos criterios también deben ser proporcionados para el fin buscado.

En este sentido, el artículo 149.5 LCSP recoge:

*“5. Los criterios a que se refiere el número 1 que deban servir de base para adjudicar el contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberán figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación y cumplir los siguientes requisitos:*

*a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el punto siguiente de este artículo.*

*b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*

*c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que*

*permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, se deberá comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.”*

Por otra parte, ese precepto, en su apartado 2.2º permite, eso sí, valorar “*La organización, calificación y experiencia del personal adscrito al contrato que lo vaya a ejecutar, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución*”, lo cual ya fue analizado en nuestra Resolución TACGal 4/2018.

Ahora bien, también aquí apreciamos que este criterio de adjudicación, con este determinismo tan limitativo, es contrario a esos principios recogidos 149.5 LCSP, sin necesidad de repetir lo ya expuesto, y sin que tampoco aquí las explicaciones del órgano de contratación enerven esa conclusión.

El Ayuntamiento alude a que es un criterio de solo 5 puntos sobre 100 sobre lo que debemos expresar que no se revoca este apartado por su peso en el total de la valoración, sino porque en sí mismo tiene una configuración no aceptable, para lo cual no es óbice ese peso porcentual, peso que, en todo caso, puede llegar a ser el que finalmente decida el adjudicatario.

**Décimo.-** Finalmente el recurrente esgrime que el CPV designado para esta licitación es incorrecto, en comparación con otras contrataciones que cita.

Sobre este aspecto, la LCSP recoge las siguientes menciones de interés para lo cual nos ocupa:

*“Artículo 2. Ámbito de aplicación.*

*4. Para los efectos de identificar las prestaciones que son objeto de los contratos regulados en esta ley, se utilizará el Vocabulario común de contratos públicos, aprobado por el Reglamento (CE) n.º 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), o normativa comunitaria que lo sustituya.”*

*“Artículo 90. Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios.*

*1. En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios se deberá apreciar teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que se deberá acreditar, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a la elección del órgano de contratación:*

*a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en curso de, como máximo los tres últimos años, en la cual se indiquen el importe, la fecha y el destinatario, público o personal de ellos; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poder adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes. Cuando los servicios dependientes del órgano de contratación lo requieran, los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto personal, mediante un certificado expedido por este o, en la falta de este certificado, mediante una declaración del empresario junto con los documentos que constan en su poder que acrediten la realización de la prestación; de ser el caso, estos certificados los comunicará directamente al órgano de contratación la autoridad competente.*

*Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir, además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación nacional de actividades económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En la falta de previsión, en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado podrá efectuar recomendaciones para indicar qué códigos de las respectivas clasificaciones se ajustan con mayor precisión a las prestaciones más habituales en la contratación pública.”*

El Vocabulario común de contratos públicos fue aprobado por el Reglamento CE 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de noviembre de 2002, modificado por el Reglamento (CE) nº 213/2008 a efectos de establecer un sistema de clasificación único aplicable a la contratación pública y así normalizar las

referencias utilizadas por los órganos de contratación y entidades adjudicadoras para describir el objeto de sus contratos, con una finalidad descriptiva y clasificatoria.

Aplicando la cuestión al caso que nos ocupa no procede acoger esta alegación del recurso porque no razona el recurrente la concreta incorrección de un CPV como el elegido, cuando tal incorrección no se nos aparece como evidente a este TACGal. No basa para suplir tal carga alegatoria el mero hecho de citar otras licitaciones sin más, toda vez que estos otros códigos no fueron ni sensatos ni validados por este Tribunal a efectos de ser el punto de comparación que pretende SILO.

Pero, a mayores, y esto es relevante, tampoco traslada el recurso en qué sentido tal designación de esa CPV le ocasionó un perjuicio real y efectivo en el caso concreto para con su también específica posición jurídica en esta licitación, algo que también requiere de su justificación para no convertir esta consideración en una mera defensa de la legalidad.

**Décimo primero.**- En virtud de lo dicho procede estimar el recurso y anular en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares el apartado 4 del Anexo 0, en cuanto el referido a la “Acreditación de la solvencia técnica o profesional” y el apartado 9. A.2.1, en lo tocante al criterio de adjudicación dependiente de juicio de valor de “Dirección de proyecto”, lo que implica, al amparo de lo recogido en la S. TJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto c-488/01, la anulación de todo el procedimiento de adjudicación.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar** el recurso interpuesto por SCIENCE&INNOVATION LINK OFFICE S.L contra el pliego de cláusulas administrativas particulares de la contratación de un servicio de oficina técnica del proyecto SMARTiago en aplicación de un convenio de colaboración del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad con el Ayuntamiento de Santiago de Compostela, código CON/31/2018, con los efectos recogidos en el último de los fundamentos jurídicos.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento la esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.