

Recurso nº 73/2018

Resolución nº 74/2018

RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA

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

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. Antonio López López actuando en nome e representación de SCIENCE&INNOVATION LINK OFFICE S.L contra o prego de cláusulas administrativas particulares da contratación dun servizo de oficina técnica do proxecto SMARTiago en aplicación dun convenio de colaboración do Ministerio de Economía, Industria e Competitividade co Concello de Santiago de Compostela, código CON/31/2018, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- O Concello de Santiago de Compostela convocou a licitación do contrato de servizos referido a oficina técnica do proxecto SMARTiago en aplicación dun convenio de colaboración do Ministerio de Economía, Industria e Competitividade co Concello de Santiago de Compostela, código CON/31/2018, cun valor estimado declarado de 466.942,15 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE o 27.07.2018 e na Plataforma de Contratación do Sector Público o 23.07.2018.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida á Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP).



Terceiro.- Impugna a recorrente ás seguintes cláusulas do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP):

. Apartado 4 do Anexo 0 :

“Acreditación da solvencia técnica ou profesional:

Requisitos mínimos de solvencia:

. A relación dos traballos de igual ou similar natureza á do obxecto do contrato executados nos últimos tres anos, acompañada de certificados de boa execución nos que se faga constar o seu importe, data e destinatario, de tal xeito que o importe anual acumulado no ano de maior execución sexa igual ou superior a 326.859'50 euros. En calquera caso, deberán acreditar cando menos un traballo para a administración pública, de servizo de oficina técnica de proxectos CPI, articulado a través de convenios da liña FID do Ministerio de Economía Industria e Competitividade (MEIC) financiado con fondos europeos, contratado por un importe non inferior ao orzamento desta licitación en máis dun 15%, nos últimos 5 anos. Os servizos efectuados acreditaranse mediante certificado expedido ou visado polo órgano competente.”

. Apartado A.2.1 do Anexo 0

“A.2. Equipo de traballo adscrito directamente á execución do contrato (Ata 10 puntos)

A.2.1. Dirección de proxecto (Ata 5 puntos)

Con respecto á dirección de proxecto proposta no equipo de traballo mínimo, terase neste subapartado en conta a experiencia en dirección de traballos de oficina de proxectos CPI financiados con fondos FEDER articulados a través de convenios da liña FID do Ministerio de Economía, Industria e Competitividade (MEIC) e a experiencia en dirección de traballos de oficina de proxectos financiados con fondos FEDER na administración local.”

. Apartado 1 do Anexo 0:

“Código CPV: 72000000-5”



Cuarto.- Este recurso especial foi interposto por SCIENCE&INNOVATION LINK OFFICE S.L (SILO, en adiante) o 09.08.018 a través sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 13.08.2018 reclamouse ao Concello de Santiago de Compostela o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 LCSP, sendo recibido o 06.09.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados o 06.09.2018, sen que se recibiran alegacións.

Sétimo.- O 20.08.2018 o TACGal acordou a medida cautelar de suspensión da licitación.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- O presente recorrente ten lexitimación posto que, como expresamos na Resolución TACGal 1/2018 entre outras:

“A recorrente, (...), está lexitimada para interpoñer o presente recurso aínda que non teña a condición de licitador, pois precisamente as bases da convocatoria provócanlle ao seu entender un prexuízo que pretende remediar coa interposición do recurso e a obtención dunha resolución favorable. Neste sentido, as prestacións do contrato ao que se refire esta impugnación están incluídas no ámbito da súa actividade empresarial.”



Cuarto.- Dado que os pregos foron publicados na Plataforma de Contratos do Sector Público o 23.07.2018, o recurso foi interposto no prazo de 15 días do artigo 50 LCSP.

Quinto.- Estamos en presenza da impugnación do PCAP dun contrato de servizos de valor estimado de 466.942,15 €, polo que é admisible ao abeiro do artigo 44 LCSP.

Sexto.- SILO considera desproporcionado e contrario á igualdade de trato esixir:

- como criterio de solvencia:

“deberán acreditar cando menos un traballo para a administración pública, de servizo de oficina técnica de proxectos CPI, articulado a través de convenios da liña FID do Ministerio de Economía Industria e Competitividade (MEIC) financiado con fondos europeos, contratado por un importe non inferior ao orzamento desta licitación en máis dun 15%, nos últimos 5 anos. Os servizos efectuados acreditaranse mediante certificado expedido ou visado polo órgano competente.”

- como criterio de adxudicación:

“experiencia en dirección de traballos de oficina de proxectos CPI financiados con fondos FEDER articulados a través de convenios da liña FID do Ministerio de Economía, Industria e Competitividade (MEIC)”

Tamén considera incorrectamente designada a clasificación CPV, cal foi a de “72000000 - Servizos TI: consultoría, desenvolvemento de software, Internet e apoio.”

Sétimo.- O informe do órgano de contratación describe a elevada complexidade e grao de innovación tecnolóxica do proxecto SMARTiago e a dificultade engadida dun proxecto de compra pública innovadora, que fai máis complexos os procesos de adxudicación, o que obriga a superar o descoñecemento e falla de experiencia do Concello tanto a nivel técnico coma administrativo. Todo isto no marco dun proxecto dotado con fondos FEDER e nun Convenio que, entre outras restricións, establece un prazo máximo de catro anos para a execución da devandita primeira fase (I+D+i), sen posibilidade de prórroga.

Tamén trae a colación os recursos e situación interna do Concello, que considera relevante na medida que o propio contrato de servizos que se xustifica na falta de



medios persoais e materiais deste Concello para abordar o traballo. Neste punto aporta importantes dificultades para o cumprimento dos obxectivos en tempo e forma se non se dota ao proxecto dos recursos axeitados.

Alude a que se trata dunha Administración local de tamaño medio, que non conta cos medios que ofrecen a outras Administracións capacidade de resposta durante a execución do proxecto ante calquera problema ou calquera deficiencia derivada dunha incorrecta adxudicación. Por este motivo, considérase que a Oficina Técnica ten para este proxecto en concreto un papel máis relevante se cabe, entendendo que resulta necesario garantir non só solvencia técnica xeral senón tamén o máximo nivel de coñecemento específico, co obxecto de reducir no posible o nivel de incertidume durante a execución.

Expresa tamén que se ponderou o risco dunha incorrecta execución do proxecto por enriba do derivado dun posible menor número de licitadores e que, en todo caso, se tería acadado o obxectivo de concorrencia, pois hai dous ofertantes presentados.

Verbo do criterio de adxudicación A.2.1 considera que a solvencia técnica dun provedor por si soa non garante que o equipo finalmente adscrito ao proxecto conte coa necesaria calidade, que é un criterio de só 5 puntos sobre un total de 100.

Sobre o código CPV deféndese que *“na práctica, a utilidade deste código ou Vocabulario Común de Contratos Públicos atópase en que ofrece a posibilidade de identificar licitacións e adxudicacións en calquera país da Unión Europea sen necesidade de traducións. O código CPV aporta diversas funcións extra ao comportarse como un medio adicional de información e ser un elemento estadístico”*, ao que se engade que o elixido ten relación co contrato.

Oitavo.- A primeira cláusula PCAP que cuestiona o recorrente vai referida ao do Anexo 0, apartado 4, que recolle:

“Acreditación da solvencia técnica ou profesional:

Requisitos mínimos de solvencia:

. A relación dos traballos de igual ou similar natureza á do obxecto do contrato executados nos últimos tres anos, acompañada de certificados de boa execución nos que se faga constar o seu importe, data e destinatario, de tal xeito que o importe anual acumulado no ano de maior execución sexa igual ou superior a 326.859'50



euros. En calquera caso, deberán acreditar cando menos un traballo para a administración pública, de servizo de oficina técnica de proxectos CPI, articulado a través de convenios da liña FID do Ministerio de Economía Industria e Competitividade (MEIC) financiado con fondos europeos, contratado por un importe non inferior ao orzamento desta licitación en máis dun 15%, nos últimos 5 anos. Os servizos efectuados acreditaranse mediante certificado expedido ou visado polo órgano competente.”

O recorrente cuestiona que se poida esixir *“cando menos un traballo para a administración pública, de servizo de oficina técnica de proxectos CPI, articulado a través de convenios da liña FID do Ministerio de Economía Industria e Competitividade (MEIC) financiado con fondos europeos, contratado por un importe non inferior ao orzamento desta licitación en máis dun 15%, nos últimos 5 anos. Os servizos efectuados acreditaranse mediante certificado expedido ou visado polo órgano competente.”*

Concretamente considera que non se pode pedir un servizo idéntico ao do obxecto do contrato, coas especificidades recollidas nese apartado reproducido.

Da visión do apartado en cuestión observamos que, fronte á mención inicial que admite unha relación dos traballos de igual ou similar natureza á do obxecto do contrato executados nos últimos tres anos, á ulterior que nos ocupa ten unha multiplicidade de concrecións e restricións, como son, de forma acumulativa: *“traballo para administración pública”, “servizo de oficina técnica”,* que ese servizo de oficina técnica sexa de *“proxectos CPI”* (compra pública innovadora), que ademais veña de convenios *“da liña FID”* (liña “Fondo de Innovación desde la Demanda”) dun Ministerio determinado e cun financiamento determinado (fondos europeos), e finalmente *“contratado por un importe non inferior ao orzamento desta licitación en máis dun 15%, nos últimos 5 anos”.*

A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, no seu Informe 36/07, de 5 de xullo de 2007, identifica cinco condicións para os criterios de solvencia, como son: que figuren no prego de cláusulas administrativas particulares e no anuncio do contrato, que sexan criterios determinados, que estean relacionados co obxecto e o importe do contrato, que se atopen entre os enumerados nos artigos da Lei segundo o contrato de que se trate e, no que nos ocupa, que, en ningún caso, poidan producir efectos de carácter discriminatorio.



Neste sentido é importante salientar a importancia da proporcionalidade nos criterios de solvencia por canto que este aspecto afecta á mesma posibilidade de acceder e participar á licitación, isto é, á fase máis primaria do principio de concorrencia.

Pois ben, un criterio de solvencia como o exposto, con todas esas determinacións descritas, é contrario a ese principio de concorrencia e o de igualdade de trato na licitación, recollidos no artigo 132 LCSP.

De feito o artigo 90 LCSP sempre alude ao binomio de servizos ou traballos de igual ou similar natureza.

Neste sentido, facemos nosa mención referida na Resolución 163/2013 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (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 aí se recolle, con carácter xeral: *“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.”*

A mención do Concello á complexidade do proxecto ao que servirá esta oficina técnica a contratar non é unha causa suficiente de por si para restrinxir a concorrencia, sen demostración ante este Tribunal de que é, exclusivamente, o único camiño posible. Tampouco o é a referencia á carencia de medios desa Administración, pois iso xustifica que se opte por acudir ao mercado con esta licitación, pero que sexa imprescindible unha identidade como a recollida na frase cuestionada. De feito, a descrición dos servizos a desenvolver no apartado 4 do PPT non denota que sexa necesaria unha regra de solvencia tan cualificadamente limitativa da concorrencia como aquela.

Tampouco é explicación suficiente que existan dous participantes nesta licitación, máis cando no escrito presentado nunha oficina de correos o 26.07.2018 (antes da data en que se presentaron ofertas nesta licitación) por SILO cara o órgano de



contratación xa identificaba o pequeno número de empresas (catro) que poderían chegar a ter algo similar a esa referencia de solvencia e dentro desas están as que aparecen logo aquí como partícipes, o cal da verosimilitude a que, con ese criterio, só podían concorrer un número moi limitado de empresas.

A maiores, alude o recurso a que nin estes cumprirían co prego, pois son traballos aínda en execución.

Noveno.- Tamén recorre SILO que se recolla como criterio de adxudicación a *“experiencia en dirección de traballos de oficina de proxectos CPI financiados con fondos FEDER articulados a través de convenios da liña FID do Ministerio de Economía, Industria e Competitividade (MEIC)”*

Unha vez máis, vemos o determinismo e concreción antes descrita, e que xa non reiteramos.

O principio de concorrencia e igualdade rexe, evidentemente, tamén respecto dos criterios de adxudicación, de forma que estes criterios tamén deben ser proporcionados para o fin buscado.

Neste sentido, o artigo 149.5 LCSP recolle:

“5. Os criterios a que se refire o número 1 que deban servir de base para adxudicar o contrato estableceranse nos pregos de cláusulas administrativas particulares ou no documento descritivo, e deberán figurar no anuncio que sirva de convocatoria da licitación e cumprir os seguintes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados ao obxecto do contrato, no sentido expresado no punto seguinte deste artigo.

b) Deberán ser formulados de maneira obxectiva, con pleno respecto aos principios de igualdade, non discriminación, transparencia e proporcionalidade, e non conferirán ao órgano de contratación unha liberdade de decisión ilimitada.

c) Deberán garantir a posibilidade de que as ofertas sexan avaliadas en condicións de competencia efectiva e irán acompañados de especificacións que permitan comprobar de maneira efectiva a información facilitada polos licitadores co fin de avaliar a medida en que as ofertas cumpren os criterios de adxudicación. En caso de dúbida, deberase comprobar de maneira efectiva a exactitude da información e as probas facilitadas polos licitadores.”



Por outra banda, ese precepto, no seu apartado 2.2º permite, iso si, valorar “A organización, cualificación e experiencia do persoal adscrito ao contrato que o vaia executar, sempre e cando a calidade do dito persoal poida afectar de maneira significativa a súa mellor execución”, o cal xa foi analizado na nosa Resolución TACGal 4/2018.

Agora vez, tamén aquí apreciamos que este criterio de adxudicación, con este determinismo tan limitativo, é contrario a eses principios recollidos 149.5 LCSP, sen necesidade de repetir o xa exposto, e sen que tampouco aquí as explicacións do órgano de contratación enerven esa conclusión.

O Concello alude a que é un criterio de só 5 puntos sobre 100 sobre o que debemos expresar que non se revoga este apartado polo seu peso no total da valoración, senón porque en si mesmo ten unha configuración non aceptable, para o cal non é non é óbice ese peso porcentual, peso que, en todo caso, pode chegar a ser o que finalmente decida o adxudicatario.

Décimo.- Finalmente o recorrente esgrime que o CPV designado para esta licitación é incorrecto, en comparación con outras contratacións que cita.

Sobre este aspecto, a LCSP recolle as seguintes mencións de interese para o que nos ocupa:

“Artigo 2. Ámbito de aplicación.

4. Para os efectos de identificar as prestacións que son obxecto dos contratos regulados nesta lei, utilizarase o Vocabulario común de contratos públicos, aprobado polo Regulamento (CE) n.º 2195/2002 do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de novembro de 2002, polo que se aproba o Vocabulario común de contratos públicos (CPV), ou normativa comunitaria que o substitúa.”

“Artigo 90. Solvencia técnica ou profesional nos contratos de servizos.

1. Nos contratos de servizos, a solvencia técnica ou profesional dos empresarios deberase apreciar tendo en conta os seus coñecementos técnicos, eficacia, experiencia e fiabilidade, o que se deberá acreditar, segundo o obxecto do contrato, por un ou varios dos medios seguintes, á elección do órgano de contratación:



a) Unha relación dos principais servizos ou traballos realizados de igual ou similar natureza que os que constitúen o obxecto do contrato no curso de, como máximo os tres últimos anos, na cal se indiquen o importe, a data e o destinatario, público ou privado deles; cando sexa necesario para garantir un nivel adecuado de competencia, os poderes adjudicadores poderán indicar que se terán en conta as probas dos servizos pertinentes efectuados máis de tres anos antes. Cando os servizos dependentes do órgano de contratación o requiran, os servizos ou traballos efectuados acreditaranse mediante certificados expedidos ou visados polo órgano competente, cando o destinatario sexa unha entidade do sector público; cando o destinatario sexa un suxeito privado, mediante un certificado expedido por este ou, na falta deste certificado, mediante unha declaración do empresario xunto cos documentos que constan no seu poder que acrediten a realización da prestación; de ser o caso, estes certificados comunicaraos directamente ao órgano de contratación a autoridade competente.

Para determinar que un traballo ou servizo é de igual ou similar natureza ao que constitúe o obxecto do contrato, o prego de cláusulas administrativas particulares poderá acudir, ademais de ao CPV, a outros sistemas de clasificación de actividades ou produtos como o Código normalizado de produtos e servizos das Nacións Unidas (UNSPSC), á Clasificación central de produtos (CPC) ou á Clasificación nacional de actividades económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantir a competencia efectiva para a adjudicación do contrato. Na falta de previsión, no prego atenderase aos tres primeiros díxitos dos respectivos códigos da CPV. A Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado poderá efectuar recomendacións para indicar qué códigos das respectivas clasificacións se axustan con maior precisión ás prestacións máis habituais na contratación pública.”

O Vocabulario común de contratos públicos foi aprobado polo Regulamento CE 2195/2002 do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de novembro de 2002, modificado polo Regulamento (CE) nº 213/2008 a efectos de establecer un sistema de clasificación único aplicable á contratación pública e así normalizar as referencias utilizadas polos órganos de contratación e entidades adjudicadoras para describir o obxecto dos seus contratos, cunha finalidade descritiva e clasificatoria.

Aplicando a cuestión ao caso que nos ocupa non procede acoller esta alegación do recurso porque non razoa o recorrente a concreta incorrección dun CPV como o elexido, cando tal incorrección non se nos aparece como evidente a este TACGal. Non basta para suplir tal carga alegatoria o mero feito de citar outras licitacións sen máis, tendo en conta que estoutros códigos non foron nin axuizados nin validados por este Tribunal a efectos de ser o punto de comparación que pretende SILO.



Pero, a maiores, e isto é relevante, tampouco traslada o recurso en que sentido tal designación desa CPV lle ocasionou un prexuízo real e efectivo no caso concreto para coa súa tamén específica posición xurídica nesta licitación, algo que tamén require da súa xustificación para non converter esta consideración nunha mera defensa da legalidade.

Décimo primeiro.- En virtude do dito procede estimar o recurso e anular no Prego de Cláusulas Administrativas Particulares o apartado 4 do Anexo 0, en canto o referido á “Acreditación da solvencia técnica ou profesional” e o apartado 9. A.2.1, no tocante ao criterio de adxudicación dependente de xuízo de valor de “Dirección de proxecto”, o que implica, ao abeiro do recollido na S. TXUE de 4 de decembro de 2003, asunto c-488/01, a anulación de todo o procedemento de adxudicación.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar** o recurso interposto por SCIENCE&INNOVATION LINK OFFICE S.L contra o prego de cláusulas administrativas particulares da contratación dun servizo de oficina técnica do proxecto SMARTiago en aplicación dun convenio de colaboración do Ministerio de Economía, Industria e Competitividade co Concello de Santiago de Compostela, código CON/31/2018, cos efectos recollidos no último dos fundamentos xurídicos.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de



conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.

O PRESIDENTE, Santiago Valencia Vila. A VOGAL-SECRETARIA, Ana María de Frutos Martínez. O VOGAL, Tomás Otero Ferreiro.

