

Recurso 70/2013**Resolución 80/2013****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 27 de junio de 2013

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MONELEG, S.L.** contra el Decreto 168/2013 de la Alcaldía, por el que se le excluye de la licitación del contrato mixto promovido por el Ayuntamiento de Jimena de la Frontera (Cádiz) denominado “Suministros y Servicios de iluminación pública exterior del municipio de Jimena de la Frontera” (expte. SG/C/08/2012), este Tribunal, en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de diciembre de 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, anuncio del Ayuntamiento de Jimena de la Frontera (Cádiz) para la licitación pública del contrato denominado “Contrato mixto de suministro y servicios de la iluminación pública exterior del Ayuntamiento de Jimena de la Frontera”, publicándose dicho anuncio el 14 de enero de 2013 en el Boletín Oficial del Estado.

El valor estimado del citado contrato es de 1.461.627,50 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

En dicho procedimiento presentó oferta la empresa recurrente MONELEG, S.L.

TERCERO. El 19 de abril de 2013, la empresa MONELEG, S.L. presentó en el Registro General del Ayuntamiento de Jimena de la Frontera anuncio del recurso especial en materia de contratación. Ese mismo día, dicha entidad presentó el recurso especial en materia de contratación en el Registro del Ayuntamiento.

El recurso fue remitido por el órgano de contratación a este Tribunal, teniendo entrada en el Registro del mismo, el 17 de mayo de 2013, junto al informe sobre el recurso.

CUARTO. Mediante oficio de 23 de mayo de 2013, la Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación la remisión del expediente completo y compulsado así como el listado de todos los licitadores. Esta documentación se recibió en el registro del Tribunal, el 29 de mayo de 2013.

Mediante escrito de 29 de mayo de 2013, la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La primera cuestión a analizar es la competencia de este Tribunal para resolver el presente recurso especial en materia de contratación.

El artículo 41.4 del TRLCSP establece, con relación al órgano competente para resolver los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, que *“la competencia será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito”*.

El Decreto 332/2011, de 2 de noviembre de 2011, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su artículo 10, establece que las entidades locales andaluzas y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas podrán crear órganos propios especializados e independientes para resolver dichos recursos o bien, atribuir dicha competencia a este Tribunal, mediante convenio suscrito con la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda.

El 20 de mayo de 2013, fue suscrito convenio entre el Ayuntamiento de Jimena de la Frontera y la Consejería de Hacienda y Administración Pública a efectos de atribuir la competencia para resolver los recursos contractuales, reclamaciones y cuestiones de nulidad a este Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

El contrato en cuestión es un contrato mixto de suministro y servicio. El artículo 12 del TRLCSP dispone que *“cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”*.

La cláusula 9 del PCAP fija como valor estimado del contrato 1.461.627,50 euros y un presupuesto máximo anual de 146.162,75 €/año que resulta de la suma de las prestaciones objeto del contrato:

La Prestación 1 (SEP) tiene por objeto la Gestión Energética (suministro) y su importe anual es de 119.027,75 €

Las prestaciones 2 y 3 (MAN) que tienen por objeto el Mantenimiento Preventivo e inspección y Mantenimiento correctivo con garantía total, referido a la reparación y sustitución de elementos deteriorados, cuyo importe anual es 27.135,00 €.

Por tanto, la prestación de mayor importancia económica va referida al suministro energético cuyo valor estimado supera los 200.000 €. En consecuencia, estaría sujeto a regulación armonizada de acuerdo con el artículo 15 del TRLCSP, siendo susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 40 .1.a) del TRLCSP.

Ahora bien, hay que ver si el recurso se dirige contra alguno de los actos que enumera el artículo 40.2 del TRLCSP.

El recurrente indica que el recurso se dirige contra el Decreto 168/2013 de la Alcaldía por el que se le excluye de la licitación, a propuesta de la mesa de contratación. Por tanto, el acto es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.2.b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 b) del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

b) Cuando se interponga (el recurso) contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

El acuerdo de exclusión recurrido, fue notificado a la recurrente por correo certificado, recibiendo dicha notificación el 3 de abril de 2013. Por tanto, habiéndose presentado el escrito de interposición del recurso en el registro del órgano de contratación el 19 de abril de 2013, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes indicado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede analizar el objeto del recurso especial interpuesto.

El PCAP que rigió el procedimiento exigía en el apartado referido a los requisitos de solvencia técnica de los licitadores, en concreto en la cláusula 15.3.2.d), lo siguiente:

<<Poner a disposición del proyecto, personal cualificado, propio o subcontratado, con

certificación CMVP (Certified Measurement and Verification Professional) emitido por Efficiency Valuation Organization (EVO),

En caso de tratarse de personal subcontratado, deberá aportarse un documento que demuestre la disposición de este personal por parte de la empresa o UTE licitadora durante el plazo de ejecución>>.

La recurrente, en cumplimiento de este requisito, presentó un acuerdo comercial con la empresa APPLUS NORCONTROL S.L.U. con fecha de 15 de febrero de 2013, en cuya cláusula tercera se indicaba:

“El presente acuerdo entra en vigor en la fecha indicada “ut supra” y estará en vigor por un período de un (1) año. Una vez finalizado se prorrogará de forma automática por nuevos períodos de un (1) año, a excepción que alguna de las PARTES comunique a la otra de forma fehaciente su voluntad de no prórroga con una antelación de dos meses a la finalización de la duración inicial o cualesquiera de sus prórrogas.

No obstante lo anterior, cualquiera de las PARTES podrá resolver el Acuerdo de forma unilateral en cualquier momento de su vigencia, mediante preaviso notificado por escrito de forma fehaciente a la otra parte con una antelación mínima de UN mes sin que proceda ningún tipo de indemnización”.

Dicho documento iba firmado sólo por la empresa recurrente pero no por APPLUS NORCONTROL, S.L

A la vista de ello, la mesa de contratación requirió a la empresa MONELEG, S.L., en virtud de oficio de la Secretaría del Ayuntamiento de 27 de febrero de 2013, para que subsanara dicho documento, indicando que “respecto al acuerdo comercial con APPLUS NORCONTROL, S.L., correspondiente al apartado d) *compromiso de contratación de empresa externa con certificación CMVP*, ha de venir extrapolado a una duración de 10 años y firmado por ambas partes”.

En respuesta a dicho requerimiento, la empresa MONELEG, S.L. presentó otro

acuerdo comercial con la misma empresa APPLUS NORCONTROL, S.L, de fecha 27 de febrero de 2013, que iba firmado por ambas partes y cuya cláusula tercera, tenía el siguiente tenor:

“El presente acuerdo entra en vigor en la fecha indicada “ut supra” y estará en vigor hasta que sean adjudicados los proyectos descritos en el apartado número 3 del expositivo del presente acuerdo.

No obstante lo anterior, cualquiera de las PARTES podrá resolver el Acuerdo de forma unilateral en cualquier momento de su vigencia, mediante preaviso notificado por escrito de forma fehaciente a la otra parte con una antelación mínima de UN mes sin que proceda ningún tipo de indemnización.

En el caso de resultar adjudicatario MONELEG de alguno de esos contratos, la duración de los trabajos de APPLUS en concepto de verificación de ahorros mediante protocolo IPMVP sería la misma que la de los contratos de prestación de servicios energéticos descritos en el apartado número 3 del expositivo del presente acuerdo que es de diez años.

Dichos trabajos serán iniciados por APPLUS a partir del momento en el que sea aceptado por parte de MONELEG el presupuesto específico de cada proyecto.”

A luz de dicho acuerdo comercial, la mesa de contratación acordó la exclusión de la empresa MONELEG, S.L. porque el acuerdo comercial con APPLUS NORMOCONTROL, S.L.U. que aporta <<si bien viene firmado por ambas partes y presupone una duración de 10 años, es un documento que difiere del anteriormente presentado al incluir el siguiente texto (no recogido en el anterior) que textualmente dice: “*Dichos trabajos serán iniciados por APPLUS a partir del momento en el que sea aceptado por parte de MONELEG el presupuesto específico de cada proyecto*”, de lo cual no queda suficientemente demostrada o garantizada la disposición de personal cualificado con certificación CMVP a través de APPLUS NORMOCONTROL, S.L.U., ya que la misma queda a expensas de una aceptación presupuestaria, no cumpliéndose

pues lo requerido en el pliego en cuanto a requisitos mínimos exigibles para la solvencia técnica o profesional (Cláusula 15.3.1 Apartado d), y no resultando admitida>>

Contra dicho acuerdo el recurrente alega que el motivo de su exclusión no es claro puesto que subsanó los dos extremos que se le indicaron respecto al acuerdo comercial con APPLUS NORMOCONTROL, S.L.U., referidos al plazo de duración del mismo de 10 años y a la firma del documento por ambas empresas y que la recurrente cumple con todos los requisitos, puesto que la empresa contratada y su personal tienen todas las capacidades, cualificaciones y miembros suficientes para hacer frente al compromiso alcanzado y así se hace constar en el contrato.

Por su parte el órgano de contratación en el informe remitido al Tribunal con relación al presente recurso, señala que la mesa de contratación ha estimado que el acuerdo comercial entre MONELEG, S.L. y APPLUS NORMOCONTROL, S.L.U, debería estar totalmente cerrado, sin que quede condicionado a la aceptación de un presupuesto por APPLUS.

Por tanto, la cuestión se circunscribe a determinar si la indicación en el acuerdo comercial que presenta MONELEG, S.L. con APPLUS NORMOCONTROL, de que los trabajos subcontratados con APPLUS no serán iniciados hasta que MONELEG no acepte el presupuesto específico de cada proyecto, impide dar cumplimiento al requisito de solvencia técnica exigido por el PCAP de poner a disposición del proyecto, personal cualificado, propio o subcontratado, con certificación CMVP.

El PCAP, en su cláusula 34, permite que se subcontraten las prestaciones objeto del contrato y en la citada cláusula 15.3.2.d) prevé la subcontratación de empresas con personal cualificado, con certificación CMVP para acreditar la solvencia

exigida.

Y esto lo cumple la recurrente puesto que suscribe un acuerdo comercial con APPLUS NORMOCONTROL, S.L.U. que dispone de personal acreditado para verificación de ahorros mediante IPMVP con certificado CMVP; por lo que el requisito de solvencia exigido por el PCAP queda así cubierto. Otra cuestión es las relaciones internas derivadas del contrato suscrito entre ambas empresas, que es una cuestión que queda en su ámbito y no tiene proyección sobre las relaciones de la Administración con el contratista; En este sentido, el artículo 227.4 del TRLCSP dispone que *“los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato”*.

Por tanto, de la cláusula del acuerdo comercial que indica que el inicio de los trabajos se llevará a cabo por la empresa subcontratista (APPLUS) una vez que el contratista principal (MONELEG) acepte el presupuesto de los mismos, no resulta que éste no disponga del personal cualificado que se le requiere como requisito de solvencia, puesto que dicha cuestión va referida a la ejecución de los trabajos, y ello, al margen de la relación contractual que resulte entre el adjudicatario y la Administración.

La Administración contratante debe entender que si, como ocurre en el presente caso, la empresa MONELEG S.L. suscribe un acuerdo comercial con una empresa que tiene el personal cualificado exigido en el PCAP como requisito de solvencia, esto debe servir para admitirla a licitación. La causa de exclusión por la mesa de contratación no se basa en un problema de selección del contratista, sino en una cuestión de ejecución del contrato entre la empresa contratista y la subcontratista, que queda en su ámbito y no trasciende a la Administración y menos para determinar la falta de solvencia de la empresa recurrente.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha,

RESUELVE

UNICO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MONELEG, S.L.** contra el Decreto 168/2013 de la Alcaldía, por el que se le excluye de la licitación del contrato mixto promovido por el Ayuntamiento de Jimena de la Frontera (Cádiz) denominado “Suministros y Servicios de iluminación pública exterior del municipio de Jimena de la Frontera” (expte. SG/C/08/2012), debiendo retrotraerse el procedimiento de adjudicación al momento de admisión de ofertas, a fin de que sea admitida a la licitación la citada empresa.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA

