

AL DEPARTAMENTO DE ADMINISTRACIÓN DE ECOLOGÍA URBANA
-AYUNTAMIENTO DE BARCELONA-
PARA, AD CAUTELAM, ANTE
EL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC
-TCCSP-

Número de Expediente: 2020/S 138-339620 (número de referencia: 20210009)

Licitación pública para la contratación de la "Conservación de las instalaciones de alumbrado público de Barcelona (2022-2024) con medidas de contratación pública sostenible".

D. JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ DE ANDRÉS, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (en anagrama y para lo sucesivo, AMI) tal y como acredito mediante copia de Poder a mi favor otorgado y que al presente se aneja como Documento número 1; y con domicilio social y a estos efectos, en Madrid, Calle Guzmán el Bueno, número 21, 4º Dcha. (28015), teléfono 91 277 52 38, fax 91 550 03 72 y e-mail jmhernandez@amiasociacion.es, ante este DEPARTAMENTO para, en su caso "ad cautelam", el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO comparezco y, como mejor proceda en Derecho;

DIGO.-

PRIMERO.- Que desde nuestro Departamento de Estudios hemos procedido a analizar la convocatoria de referencia a través de Anuncio, así como su Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), sus Anexos y demás información facilitada por el Órgano de Contratación; documentación toda ella que ha de regir en la contratación. Tras estudiar y confrontar con referida convocatoria y su documentación, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), se han podido constatar diversas cuestiones que, con el debido de los respetos hacia el Órgano de Contratación y sus actuaciones, proponemos que se rectifiquen (si ello no supusiese considerarlo una

modificación sustancial de los Pliegos), dada su importancia, y por considerarlo disconforme a la normativa de contratación con vulneración de los principios que rigen la misma.

SEGUNDO.- Efectivamente; como PRIMER MOTIVO DE DENUNCIA nos encontramos con que, a través del Apartado C (CRITERIS DE SELECCIÓ), de la Clàusula 7 (Requisits de capacitat, aptitud i solvència de les empreses licitadores), del PCAP se dispone:

"Els contractes de manteniment hauran d'haver estat executats els darrers 7 anys, respecte a la data de publicació de la licitació. Requisits que caldrà que compleixin els contractes de manteniment presentats:

(...).

Els contractes han de tenir una durada mínima de 1 any i màxima de 6 anys (no inclou pròrroques). La durada del contracte haurà de quedar claramente acreditada en els documents justificatius que es presentin. (...)"

De dicha Clàusula se infiere que en la misma se incluyen de forma conjunta, los CRITERIOS DE SOLVENCIA y los CRITERIOS DE SELECCIÓN, lo que podría dar lugar a confusión.

Si consideramos la presentación de los Contratos requeridos como CRITERIO DE SOLVENCIA, nos encontraríamos con que se exigiría la acreditación y presentación de experiencia en contratos similares al que es objeto de contratación, con una duración limitada a los de entre uno (1) y seis (6) años. Es decir, al objeto de acreditar el requisito pedido, no valdrían presentarse contratos de ámbito temporal superior a seis (6) años, sin que quede justificado en el PCAP el por qué de ello, suponiendo una evidente limitación con vulneración de los principios de no discriminación y de libre concurrencia (Artículos 1 y 132 de la LCSP), no amparada en la norma.

Dispone el Artículo 74 (Exigencia de solvencia), del PCAP:

*"1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las **condiciones mínimas** de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley. (...)"*

Por Su parte, el Artículo 86 (Medios de acreditar la solvencia), dispone:

"1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional para un contrato se acreditará mediante la

aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la presente Ley. (...)”.

Yendo por remisión, a lo dispuesto en el Artículo 90 (Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios), a través del mismo se dispone:

“1. En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a 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 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; (...). Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación 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; (...).

(...).

2. En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en los casos en que resulte de aplicación, con especificación de las titulaciones académicas o profesionales, de los medios de estudio e investigación, de los controles de calidad, de los certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones, y de los certificados de gestión medioambiental exigidos. En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato. (...).

Por lo tanto, de lo anteriormente referido y sin nos refiriésemos a los Contratos requeridos como CRITERIO DE SOLVENCIA, es claro que la limitación impuesta por el Órgano de Contratación de impedir la presentación de contratos superiores a seis (6) años, no sería conforme a la norma pues la misma indica que el Órgano de Contratación indicará las condiciones y valores mínimos (Artículos 74 y 90 de la LCSP); es decir, en ningún momento se indica que la

limitación tenga que ser de máximos, sino que por el contrario, se dice que se han de fijar los mínimos.

Dicha limitación, a mayor abundamiento, sería contraria al Principio del Derecho Administrativo "a maiore ad minus", o en concreto, de que quien puede lo más puede lo menos.

No obstante lo anterior, si los Contratos se requiriesen, como parece, como CRITERIO DE ADJUDICACIÓN, el mismo no sería válido, dado que no sería un CRITERIO de los dispuestos y listados en el Artículo 145 (Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato), de la LCSP:

"1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

(...)

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

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:

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

(...).

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.

3.º El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro.

Los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148.

3. La aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:

(...).

g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

(...).

4. Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

(...).

5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado 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, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

(...)”.

Los Contratos exigidos, no se encontrarían dentro de los medios dispuestos para ser considerados como CRITERIO DE ADJUDICACIÓN y, por lo tanto, no serían válidos a tal fin.

Conforme a lo expuesto, y sea como fuere, si los Contratos requeridos se tienen como CRITERIO DE SOLVENCIA, la limitación temporal de los mismos sería improcedente y contraria a la normativa de contratación; y si fuesen considerados como CRITERIO DE ADJUDICACIÓN, los mismos no entrarían dentro de los medios para ser considerados como tal en virtud del Artículo 145 de la LCSP. Conforme a ello, en uno u otro caso, el requerimiento sería improcedente.

Conforme a lo expuesto, y dada la vulneración por la exigencia de la normativa de contratación, este PRIMER MOTIVO de denuncia debe de ser estimado y, consecuentemente, meritada exigencia dejada sin efecto.

TERCERO.- Como SEGUNDO MOTIVO DE DENUNCIA nos encontramos con que, nuevamente refiriéndose a los medios de adjudicación, a través del Apartado C (CRITERIS DE SELECCIÓ), de la Clàusula 7 (Requisits de capacitat, aptitud i solvència de les empreses licitadores), del PCAP se dispone:

"Contractes tipus ESE o de serveis energètics que consisteixen en la renovació inicial de les instal·lacions (instal·lant punts de llum LED) i la seva gestió posterior, no es considera com a contracta de manteniment, sinó que es considerarà com a obra".

Es decir; al objeto de optar a puntuación a través del CRITERIO DE ADJUDICACIÓN correspondiente, no se permitiría la presentación de contratos ESE, dado que el Órgano de Contratación considera que los mismos no serían contratos de mantenimiento, sino de obra. Con el debido de los respetos, el Órgano de Contratación se encuentra en un claro y grueso error de concepto, que se hace preciso rectificar.

Para empezar, se ha de advertir que los contratos ESE son contratos mixtos, y por lo tanto, así deben de ser considerados.

En el presente asunto, el objeto del Contrato no sólo es el control del estado del alumbrado público, sino que también conlleva actuaciones de conservación y mantenimiento del mismo, incluso obras, tal y como cabe concluirse del PCAP:

"Clàusula 1. Objecte i règim jurídic del contracte

El present contracte de serveis té per objecte la Conservació de les instal·lacions enllumenat públic a Barcelona (2022-2024), amb mesures de contractació pública sostenible.

En l'objecte del contracte s'incorporen mesures de contractació pública sostenible següents:

(...).

- Instrucció tècnica per a l'aplicació de criteris de sostenibilitat en els projectes d'obres (2015) (...)".

"Clàusula 7. Requisits de capacitat, aptitud i solvència de les empreses licitadores

(...).

C) CRITERIS DE SELECCIÓ

(...).

2. L'experiència prèvia en execució d'obres d'enllumenat exterior.

(...).

2.1. Contractes d'execució d'obra d'enllumenat exterior segons nº de lluminàries instal·lades:

(...).

2.2. Contractes d'execució d'obra d'enllumenat artístic, segons nº d'edificis o monuments il·luminats (...).

"Clàusula 10. Criteris de valoració de les ofertes

(...).

1.1.2 Metodologia de treball - fins a 15 punts - 6 pàgines

El licitador haurà de detallar com realitzarà les diferents tasques que contempla el plec de prescripcions tècniques particulars en referència als següents aspectes:

1.1.2.1 Control de funcionament pel que fa a les rondes d'inspecció nocturna (clàusula 5.2 del PPT)

(...).

1.1.2.2 Manteniment correctiu pel que fa al protocol de detecció i reparació d'avaries (clàusula 6.2 del PPT)

(...).

1.1.2.3. Manteniment normatiu pel que fa a les verificacions periòdiques anuals (clàusula 8.4 del PPT).

(...).

2. Criteris d'adjudicació avaluables automàticament

Mesura social.- (...).

La baixa no s'aplicarà sobre les actuacions de manteniment on el pes de la mà d'obra sigui predominant (superior al 90%). Aquestes actuacions, representen al voltant del 45% del total de l'adjudicació i són: (...).

En idéntica forma, cabe concluirse del PPTP donde se recogen las actuaciones a acometerse en ejecución del Contrato.

Conforme a ello, no se entiende el por qué se impide optar a puntuación a la puntuación de los CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN CORRESPONDIENTES (dispuestos en los Puntos 1.1., 1.2. y 2.1. del Apartado C (CRITERIS DE SELECCIÓ), de la Clàusula 7 (Requisits de capacitat, aptitud i solvència de les empreses licitadores), del PCAP), a través de Contractes tipus ESE o de serveis energètics; pues los Contratos ESE pueden llevar aparejado actuaciones de mantenimiento. Por lo tanto, no caben excluirse los Contratos ESE que lleven aparejadas actuaciones de mantenimiento.

Para constatar lo que es un Contrato ESE, hemos de remitirnos a modo de ejemplo, a lo que dispone el IDAE

(INSTITUTO PARA LA DIVERSIFICACIÓN Y AHORRO DE LA ENERGÍA), dependiente del MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA, a través de su "Modelo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Contratación servicios energéticos del alumbrado exterior municipal":

<https://www.idae.es/tecnologias/eficiencia-energetica/servicios/alumbrado-exterior/modelo-de-pliegos-del-contrato-de-servicios-energeticos-para-la-contratacion-del-alumbrado-exterior>

A través de dicho Modelo, oficial e institucionalizado, como primer dato relevante se dispone que se trata de un contrato mixto, siendo que en sus ANTECEDENTES (1) entre otras cuestiones, se dispone:

"(...).

El servicio energético prestado por la ESE consistirá en un conjunto de prestaciones incluyendo la realización de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para optimizar la calidad de las instalaciones y la reducción de los costes energéticos. Esta actuación podrá comprender además su mantenimiento, su explotación o su gestión derivados de la incorporación de tecnologías eficientes. El servicio energético así definido deberá prestarse basándose en un contrato que deberá llevar asociado un ahorro de energía verificable, medible o estimable. (...).

Asimismo, a través de su OBJETO Y ALCANCE DEL CONTRATO (2), se indica:

"1. Descripción: El objeto del Contrato a adjudicar es la realización de una actuación global e integrada sobre las instalaciones de alumbrado exterior municipal, mediante la modalidad de servicios energéticos por una Empresa de Servicios Energéticos (en adelante ESE), que desarrolle las prestaciones que se recogen en el pliego de prescripciones técnicas, y de conformidad con los documentos que forman parte del Contrato, los cuales a su vez formarán parte del Contrato a firmar con el Adjudicatario.

(...).

En concreto, la actuación global e integrada de la que es objeto el presente Contrato, tiene como finalidad ceder el uso y explotación de las instalaciones de alumbrado público exterior del Ayuntamiento contratante a una Empresa de Servicios Energéticos para cubrir las siguientes prestaciones:

(...).

- *Prestación P2- Mantenimiento: ejecución de las tareas de mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y rendimiento de las instalaciones de alumbrado exterior y de todos sus componentes, incluida la limpieza periódica de las mismas, todo ello de acuerdo con*

las prescripciones de la ITC-EA-06 del REEIAE.

(...).

- Prestación P4 - Obras de Mejora y Renovación de las Instalaciones del alumbrado exterior: realización y financiación de obras de mejora y renovación de las instalaciones del alumbrado exterior que se especifican en la auditoría energética que se adjunta como Anexo.... del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT). (...)"

Dichas actuaciones de las empresas ESE ante contratos de servicios energéticos, y entre las mismas las actuaciones de mantenimiento, vienen corroboradas a través del Artículo 19 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, que dispone:

"Artículo 19. Empresas de servicios energéticos.

1. Se entiende por empresa de servicios energéticos a los efectos de este real decreto-ley aquella persona física o jurídica que pueda proporcionar servicios energéticos, en la forma definida en el párrafo siguiente, en las instalaciones o locales de un usuario y afronte cierto grado de riesgo económico al hacerlo. (...).

2. El servicio energético prestado por la empresa de servicios energéticos consistirá en un conjunto de prestaciones incluyendo la realización de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para optimizar la calidad y la reducción de los costes energéticos. Esta actuación podrá comprender además de la construcción, instalación o transformación de obras, equipos y sistemas, su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión derivados de la incorporación de tecnologías eficientes. El servicio energético así definido deberá prestarse basándose en un contrato que deberá llevar asociado un ahorro de energía verificable, medible o estimable. (...).

Finalmente, el Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía, dispone:

"Artículo 7. Requisitos para el ejercicio de la actividad profesional de proveedor de servicios energéticos.

Para el ejercicio de la actividad profesional de proveedores de servicios energéticos se deberán cumplir los siguientes requisitos y disponer de la documentación que así lo acredite:

(...).

g) En el caso de empresas que presten servicios que incluyan labores de instalación y/o mantenimiento, cumplir los requisitos establecidos para las empresas instaladoras y/o mantenedoras en el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE), aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio. (...)".

La anterior referencia no es sino una muestra para acreditar que, los *Contractes tipus ESE* o de *serveis energètics* no pueden ni caben ser considerados como de obra, sino mixtos, siendo que en todo caso pueden conllevar una componente de mantenimiento importante y/o básica; y por lo tanto, al objeto de valorar los Contratos a presentarse a través de las ofertas en el presente Concurso, dichos Contratos habrían de ser considerados válidos a todos los efectos, al menos, en la prestación referente al mantenimiento.

No considerando lo anterior, se estaría cercenando la libre concurrencia dado que las Empresas de Servicios Energéticos (ESE) que prestan este tipo de Contratos, se encontrarían en una clara situación de desventaja respecto al resto de los competidores en la licitación, dado que no podrían presentar para ser puntuados, Contratos ESE o de Servicios Energéticos, con vulneración de los Artículos 1 y 132 de la LCSP.

Conforme a lo expuesto, este SEGUNDO MOTIVO de denuncia debe de ser estimado y, consecuentemente, permitir al objeto de ser evaluados como experiencia puntuable, los Contratos ESE o de servicios energéticos; al menos, la parte de mantenimiento de los mismos.

CUARTO.- Como TERCER Y ÚLTIMO MOTIVO DE DENUNCIA nos encontramos con que también, refiriéndose a los medios de adjudicación, a través del Apartado C (CRITERIS DE SELECCIÓ), de la Clàusula 7 (Requisits de capacitat, aptitud i solvència de les empreses licitadores), del PCAP se dispone:

"3. Certificacions específiques relacionades amb les tasques de manteniment.

L'eficiència energètica i la Seguretat i Salut són dos aspectes rellevants en aquesta contracte i per tant es puntuarà a les empreses que aportin els certificats vigents corresponents. En concret el certificat d'eficiència energètica ISO 5001 i el certificat de Seguretat i Salut en el treball OSHAS 18001.

El licitador haurà de complimentar la taula adjunta i aportar imprescindiblement la documentació d'acreditació. No es puntuarà si la taula no es complimenta degudament i/o

no s'entrega la documentació acreditativa.

La puntuació màxima per aquest apartat és de 10 punts i es puntuarà de la següent manera:

- Certificat d'Eficiència Energètica - ISO 50001 - 5 punts
- Certificat de Seguretat i Salut en el Treball - OSHAS 18001 - 5 punts (...)"

Nos encontramos, por lo tanto, con que se procede a considerar como CRITERIO DE ADJUDICACIÓN y por lo tanto valorable, la tenencia de la ISO 50001 y la OSHAS 18001. Ello no es posible y, por lo tanto, el CRITERIO DE ADJUDICACIÓN no es válido.

Dispone el Artículo 145 de la LCSP, respecto de los "Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato":

"1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148.

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

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:

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

(...).

3. La aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:

(...).

g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación. (...).

4. Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

(...).

5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado 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, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: (...)"

Entiende esta representación, que referida documentación requerida (Certificados acreditativos de implantación de Sistemas de Gestión Energética -ISO 50001- y de Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el trabajo -OHSAS 18001-), no cabría ser considerada, exigida y puntuada como Criterio de adjudicación, sino en su caso, considerada como documentación acreditativa de la Solvencia Técnica.

Como el Órgano de Contratación conoce, en el Procedimiento de adjudicación de los contratos administrativos se diferencian diversas fases:

- Una en la que se procede a la admisión de las empresas licitadoras mediante el examen de los medios de los que han de disponer en orden a la ejecución del Contrato (solvencia).
- Y otra posterior para las que han pasado el filtro y son admitidas, en las que se procede a la valoración de las ofertas presentadas.

Es decir, en la primera fase se analizan los requisitos de solvencia de las empresas (o personas) que han presentado su oferta; y una vez que se tiene cumplido el requisito de solvencia, se reconocen como válidas las ofertas y se declara la admisión de los licitadores en el procedimiento, siendo el trámite siguiente el que consiste en el análisis de los criterios de adjudicación, que concluirá por lo general, con la resolución de adjudicación del contrato a favor de uno de los licitadores.

Los CRITERIOS DE SOLVENCIA no son objeto de valoración. El resultado de su aplicación determinará si los ofertantes poseen o no la solvencia exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), necesaria para la ejecución del contrato, pero no si la ostenta en mayor o menor grado que el resto de participantes. Por el contrario, los CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN sí son objeto de evaluación. De ahí que a los criterios de solvencia también se les denomine *criterios de selección*, o *criterios de admisión previa* -además de *criterios de aptitud*-, y a los criterios de adjudicación igualmente se les conozca como *criterios de valoración*.

La acreditación de la solvencia de las empresas y la valoración de las ofertas son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes y así, los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la solvencia y que tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, no pueden ser empleados para valorar la mejor oferta.

Sentado como ha sido que los criterios de solvencia (Certificados de Sistemas de Calidad, Ambientales y otros) no pueden ser objeto de valoración, es decir, no cabe preverse asignar puntuación a aquellas empresas que acrediten hallarse en posesión de determinados certificados de Sistemas de Gestión de calidad, ambiental u otros (ISO 9001, ISO 14001, ISO 50001, OHSAS 18001, ISO 166001, Reduzco CO2...), hemos de referirnos a la consolidada y unánime doctrina emitida que en relación con esta problemática, ha emanado de los distintos TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS, y entre los mismos, del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES (TACRC):

- RESOLUCIÓN número 906/2014 de fecha 12 de diciembre de 2.014 (Recursos número 865/2014 y 928/2014 C.A. La Rioja 012 y 015/2014) (F.D. NOVENO):

"(...) Este Tribunal ha reiterado (cfr.: Resoluciones 143/2012, 223/2012, 461/2013, 113/2014, 129/2014 y 782/2014), en consonancia con el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 29/2010), que los certificados de cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión ambiental a los que se refieren los artículos 80 y 81 TRLCSP son modos de acreditar la solvencia técnica de las empresas, o, si se prefiere, su aptitud para ejecutar el contrato, con lo que, por ser tales, no pueden ser empleados como criterio de valoración de las ofertas (cfr.: Sentencias TJCE de 19 de junio de 2003 -asunto C-315/01-, 24 de enero de 2008 -asunto C-532/06- y 12 de noviembre de 2009 -asunto C-199/07-; Sentencia TJUE de 9 de octubre de 2014 -asunto C-641/13-; Resoluciones de este Tribunal 187/2012, 220/2012, 290/2012, 189/2014 y 295/2014).

Ello es consecuencia de la existencia de dos fases diferenciadas en el procedimiento de licitación, cada una sometida a reglas propias (cfr.: artículos 160.1 y 165.1 TLCSP y 44.1 Directiva 2004/18/CE; Sentencia TJCE de 20 de septiembre de 1988 -asunto C-31/87-; Resoluciones de este Tribunal 187/2012 y 220/2012): en la primera, se trata de comprobar la aptitud de los licitadores para asegurar que éstos pueden ejecutar la prestación objeto de contrato (Sentencias TJCE de 2 de diciembre de 1999 -asunto C-176/98- y TJUE de 18 de octubre de 2012 -asunto C-218/11-); en la segunda, lo único relevante es la oferta que los admitidos presentan, no las condiciones subjetivas de quien la presenta y que no guarden relación con la prestación objeto del contrato (cfr.: Sentencias TJCE de 18 de octubre de 2001 -asunto C-19/00-, de 27 de octubre de 2005 -asunto C-234/03-; Resoluciones de este Tribunal

264/2012 y 189/2014). Sólo cabe atender a estos extremos subjetivos de la empresa cuando puedan redundar en mejor provecho de la oferta, tal y como sucede, por ejemplo, con un mayor adscripción de medios personales o materiales a la ejecución del contrato que los reputados imprescindibles (cfr.: Resoluciones de este Tribunal 264/2012, 514/2013, 644/2013, 10/2014 y 198/2014). En este mismo sentido, la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 1995 (asunto C-324/93) (...).

En virtud de lo expuesto, es claro que procede estimar en este punto el recurso, en la medida en que la implantación de los sistemas de calidad, de gestión medioambiental y de seguridad e higiene en el trabajo que se relacionan en el apartado E) de la cláusula 20ª del Pliego hacen referencia a aspectos subjetivos de los licitadores que no redundan en beneficio de la prestación de transporte a la que se refiere el contrato (cfr.: Resolución 514/2013). (...).

En el mismo sentido considérense entre otras muchas relacionadas, las Resoluciones de meritado TACRC número 255/2015 de fecha 23 de marzo de 2.015 (Recurso número 139/2015) (F.D. SÉPTIMO); número 628/2015 de fecha 6 de julio de 2.015 (Recurso número 646/2015 C.A. La Rioja 9/2015) (F.D. DÉCIMO); número 342/2017 de fecha 6 de abril de 2.017 (Recurso número 143/2017 C.A. Valenciana 22/2017) (F.D. CUARTO); y número 385/2017 de fecha 28 de abril de 2.017 (Recurso número 244/2017 C.A. Illes Balears 18/2017) (F.D. Octavo).

Finalmente, y por haber sido resuelto un supuesto idéntico al que acontece ante la denuncia de esta Patronal, debemos de detenernos en lo dispuesto por la RESOLUCIÓN número 163/2017, de 16 de noviembre de 2.017 del TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC (TCCSP):

"SISE. Entrant a analitzar el fons de l'assumpte, la qüestió rau a dilucidar si "la disposició de certificats de sistemes de gestió ambiental ISO 14001 i EMAS, o equivalents", previst com a criteri d'adjudicació en aquesta licitació (criteri 1.3 de l'apartat 1 de la clàusula 1.12 del PCAP) constitueix vàlidament un criteri de valoració de les ofertes.

(...).

SETE. Exposades les defenses d'ambdues parts, correspon analitzar la naturalesa que el TRLCSP -interpretat conformement amb la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública- atribueix als certificats que acrediten el compliment de sistemes de gestió ambiental tals com l'ISO 14001, l'EMAS o equivalents, respecte als quals ja es pot avançar que el

tractament que aquests certificats reben en el TRLCSP i la Directiva és el propi dels mitjans d'acreditació de la solvència tècnica que al·lega ASEJA (en aquest sentit, Resolució núm. 80/2015).

En efecte, aquests certificats vénen previstos en l'article 81 del TRLCSP, el qual s'emmarca dins de la subsecció tercera ("solvència"), de la secció segona ("acreditació de l'aptitud per contractar") del capítol II ("capacitat i solvència de l'empresari") del Títol II del TRLCSP dedicat a les "parts del contracte".

(...).

L'òrgan de contractació, en el marc de la discrecionalitat tècnica que gaudeix en l'elaboració dels plecs per tal que, d'acord amb l'article 22 del TRLCSP, recullin les condicions més idònies per satisfer les necessitats de la seva contractació, pot decidir lliurement l'exigència o no que les empreses disposin de sistemes de gestió ambiental que aportin un valor afegit a l'execució del contracte, tal com es desprèn de la voluntat manifestada en l'informe aportat al procediment de recurs.

De resultar aquests sistemes desmesurats per a l'execució del contracte en el sentit d'innecessaris (tal com resulta de la concreta doctrina del TACRC que ha portat a col·lació en la seva defensa i no, en canvi, entenent la desproporcionalitat per l'efecte inherent que comporta el fet que l'empresa no disposi dels sistemes exigits, la qual, en seu dels requisits d'aptitud, lògicament ha de ser el de no-admissió de l'empresa a la licitació), és lliure per no exigir-los, resultant una contradicció, a criteri d'aquest Tribunal, que l'òrgan de contractació, després d'indicar l'apreciació que els referits sistemes no són necessaris per prestar el servei, alhora advoqui pels seus certificats o equivalents aduint que aporten un valor afegit en la prestació del servei.

En aquest sentit, valgui recordar el criteri mantingut per aquest Tribunal en supòsits com el present segons el qual cal diferenciar clarament la naturalesa i finalitat dels criteris de solvència o admissió a la licitació, que es refereixen a requisits de subjectius d'aptitud per executar la prestació del contracte, de les pròpies dels criteris de valoració de les ofertes, que responen a un règim jurídic diferent i han de ser objectius i vinculats a l'objecte del contracte per imperatiu de l'article 150.1 del TRLCSP, és a dir, no referits a les qualitats subjectives de l'empresa prestadora del servei sinó al valor afegit que aportarà la seva proposició en l'execució, i no es poden conceptuar com a vies per trencar i eludir les "rigideses" que puguin comportar els criteris de solvència quan, davant la seva manca de

compliment, han de comportar l'exclusió de les empreses de la licitació.

En aquest sentit, tal com aquest Tribunal va indicar en la Resolució núm. 10/2016 en el marc de les clàusules socials en la contractació, igualment extrapolable als de caire ambiental:

"(...) aquest Tribunal no pot deixar de manifestar la perplexitat que li causa l'argument de l'òrgan de contractació, exempt d'emparament legal i totalment aliè al concepte de criteri de valoració de les ofertes o criteri d'adjudicació.

Els criteris de valoració de les ofertes, contràriament al que al·ludeix l'òrgan de contractació, no són criteris que serveixin per contrarestar les rigideses que legalment puguin presentar els criteris previs de selecció dels candidats i licitadors (criteris de capacitat i solvència i, fins i tot, condició de CET a la qual pugui haver-se reservat l'accés a la licitació) o les posteriors condicions d'execució del contracte. Els criteris de valoració de les ofertes responen a una altra finalitat.

Els criteris de valoració de les ofertes, o criteris d'adjudicació dels contractes, són, tal com va indicar la Comissió Europea en la Comunicació Interpretativa COM (2001) 566 final, de 15 d'octubre de 2001, sobre la legislació comunitària de contractes públics i les possibilitats d'integrar aspectes socials en aquests contractes, criteris que han de permetre valorar les qualitats intrínseques d'un producte o servei i han d'estar vinculats a l'objecte del contracte o a les seves condicions d'execució.

En definitiva, amb l'aplicació dels criteris de valoració de les ofertes a les empreses que superen la primera fase de la licitació (fase d'admissió de les empreses a la licitació), s'acaba acotant quina és la que en el procediment de contractació resulta com a "oferta econòmicament més avantatjosa" d'entre totes les competidores."

No en va, el mateix considerant 97 de la Directiva 2014/24/UE adverteix, en seu dels criteris d'adjudicació i condicions especials d'execució, que:

"No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. (...)"

Arribats a aquest punt, si l'òrgan de contractació realment considera que la prestació del servei es veurà

beneficiada si l'empresa adjudicatària disposa d'aquells certificats o equivalents, la Directiva 2014/24/UE i el TRLCSP li ofereixen la possibilitat d'establir-ho així en el PCAP, però no com a criteri de valoració de les ofertes o criteri d'adjudicació, sinó com a criteri de solvència tècnica o d'admissió a la licitació, com s'ha vist, preservant precisament els articles 62.2 de la Directiva i 81.2 del TRLCSP els principis de llibertat d'accés i concurrència de les empreses interessades en la licitació tot indicant que, en cas de no disposar les empreses dels esmentats certificats o equivalents, o no tenir la possibilitat d'obtenir-los en el termini fixat per causes que no els siguin atribuïbles, l'òrgan de contractació accepti les altres proves de mesures equivalents de gestió mediambiental que presentin els empresaris, a condició que aquests demostrin que aquestes mesures són equivalents a les exigides conformement amb el sistema o norma de gestió mediambiental aplicable.

Correspon així estimar el recurs interposa per ASEJA i, en conseqüència, anul·lar el criteri de valoració 1.3 de la clàusula 1.12) del PCAP ("Utilització de criteris ambientals. Fins a 2 punts") i la mateixa licitació, per tal que el plec i el procediment de contractació, d'acord amb les necessitats manifestades per l'òrgan de contractació, s'adeqüin a les exigències legals. (...)".

Pero es que, a mayores, cabría manifestarse que en todo caso el Órgano de Contratación no ha justificado la vinculación de dicho Criterio de adjudicación (Certificados) con el objeto del contrato, ni tampoco que la aportación de estos Certificados requeridos (ISO 50001 y OHSAS 18001 -ni tan siquiera se permite presentar una equivalente, no haciéndose mención a ello) de Gestión Energética y de Gestión de la Seguridad y Salud en el trabajo, sean determinantes de una mejor oferta relevante para la calidad de la prestación objeto del contrato.

EN CONCLUSIÓN, es doctrina unánime de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales que los certificados de "Sistemas de Gestión Energética y de Gestión de la Seguridad y Salud en el trabajo" no pueden utilizarse como criterios de adjudicación, por ser modos de acreditar la solvencia técnica de las empresas, o, si se prefiere, su aptitud para ejecutar el contrato, con lo que, por ser tales, no pueden ser empleados como criterio de valoración de las ofertas. En virtud de lo expuesto, es claro que procede estimar este TERCER Y ÚLTIMO MOTIVO DE DENUNCIA y el propio Recurso, dado que la tenencia de los Certificados exigidos, hacen referencia a aspectos subjetivos de los licitadores, a aspectos vinculados a la capacidad técnica de la empresa (solvencia) y no al objeto (adjudicación).

AD CAUTELAM, dada la brevedad de los plazos, y para el supuesto de no ser atendida de oficio la petición efectuada, este escrito tendrá el carácter de RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN para ante el TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC (TCCSP), con apoyo en los Artículos 44 y siguientes de la LCSP, cuyo conocimiento y consideración habrá de ser derivado a dicho TRIBUNAL ADMINISTRATIVO; y ello sobre la base de los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho;

HECHOS.-

ÚNICO.- En aras de una pertinente brevedad procedimental, damos por reproducidos los hechos expuestos a lo largo del presente escrito, encontrándose esta representación en disconformidad con la duración máxima de los contratos recogida a través del Apartado C), de la CLÁUSULA 7 del PCAP; con la imposibilidad de aportar contratos tipo ESE o de servicios energéticos como criterios de adjudicación dispuestos en los Puntos 1.1., 1.2. y 1.3. del Apartado C) de la CLÁUSULA 7 del PCAP; y con los certificados exigidos como criterio de adjudicación y dispuestos a través del Punto 3 del Apartado C), de la CLÁUSULA 7 del PCAP; por lo argumentado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO.- La disposición recurrida (PCAP), entra dentro de los presupuestos contemplados en los Artículos 44.2 de la LCSP, para ser susceptible de Recurso Especial en materia de contratación.

SEGUNDO.- Damos por reproducidos los hechos alegados en los puntos que anteceden, entendiéndose que lo denunciado supondría la vulneración de lo establecido, entre otros, en los Artículos 1, 74, 90, 132 y 145 y concordantes de la LCSP, así como de lo dispuesto en las RESOLUCIONES referidas a través del presente escrito.

Es por lo anteriormente expuesto, por lo que se considera necesario que por el Órgano Contratante se proceda a la urgente modificación planteada del PCAP, máxime cuando tal corrección no supondría daño para tercero, dado que aún se está en plazo de presentación de ofertas; y sí por el contrario, supondría la adecuación de lo dispuesto en los PLIEGOS a la normativa de contratación. Lo anterior, salvo

que lo planteado suponga una modificación sustancial de los PLIEGOS, para lo cual no cabría sólo dicha rectificación, sino la anulación de la licitación.

TERCERO.- El Recurso quedaría interpuesto en plazo, por hacerlo dentro del plazo dispuesto legalmente (Artículo 50 LCSP). Y lo sería por esta Patronal, como legitimada para ello por mor del Artículo 48 de la LCSP, por ser persona jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se han visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del Recurso y por ser mi representada una organización empresarial sectorial representativa; y ante el Órgano encargado de resolver el mismo (TRIBUNAL ADMINISTRATIVO).

CUARTO.- Que con base en el Artículo 51 de la LCSP, se informa y hace acompañar al presente escrito la siguiente información/ documentación:

- Copia de la escritura de poder acreditativa de la representación ostentada (Documento número 1).
- Anuncio (Documento número 2).

No se facilitan los PLIEGOS de la licitación, dado que los mismos junto con el resto de documentación/información de la aquella, han de obrar necesariamente unidos al Expediente de Contratación; y en última instancia se puede acceder a todo ello a través del siguiente enlace:

https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/notice.pscp?regCode=viewCn&idDoc=66018137&lawType=

Finalmente se facilita una dirección de correo electrónico habilitada al objeto de que puedan realizarse a través de la misma toda comunicación relacionada con el presente asunto: jmhernandez@amiasociacion.es

QUINTO.- Que el presente escrito se procede a presentar exclusivamente ante el Órgano de Contratación (AYUNTAMIENTO), no ante el Órgano competente para la resolución del Recurso (TRIBUNAL ADMINISTRATIVO); por así posibilitarlo el Artículo 51.3 de la LCSP.

Para el supuesto de que no se atendiese de oficio la petición efectuada, el Órgano de Contratación habrá de remitirlo junto con los informes correspondientes y copia del Expediente, al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO competente para su conocimiento y final resolución.

En virtud de lo anteriormente expuesto;

SOLICITO AL DEPARTAMENTO DE ADMINISTRACIÓN DE ECOLOGÍA URBANA -AYUNTAMIENTO DE BARCELONA- PARA EN SU CASO, Y AD CAUTELAM, ANTE EL TRIBUNAL CATALÀ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC (TCCSP):

PRIMERO.- Que en la representación que ostento, tenga por presentado este escrito, con la documentación adjunta y se sirva admitirlo, teniendo por formulado "ad cautelam", y para el supuesto de no accederse de oficio a las rectificaciones planteadas, RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, frente a la duración máxima de los contratos recogida a través del Apartado C), de la CLÁUSULA 7 del PCAP; frente a la imposibilidad de aportar contratos tipo ESE o de servicios energéticos como criterios de adjudicación dispuestos en los Puntos 1.1., 1.2. y 1.3. del Apartado C) de la CLÁUSULA 7 del PCAP; y frente a los certificados exigidos como criterio de adjudicación y dispuestos a través del Punto 3 del Apartado C), de la CLÁUSULA 7 del PCAP. Ello como se ha manifestado, para el supuesto de no procederse de oficio, a rectificar dichas disposiciones denunciadas.

SEGUNDO.- Que previos los trámites legales oportunos, se proceda a dictar Resolución en virtud de la cual se acuerde anular y dejar sin efecto las disposiciones denunciadas; y una vez ello, se lleve a cabo la correspondiente rectificación del PCAP del contrato y su publicación, señalando nuevo plazo para la presentación de las ofertas. "Ad cautelam" para el supuesto de no accederse de oficio a lo solicitado, se proceda a remitir el presente escrito que habrá de tener la consideración de RECURSO ESPECIAL, al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, para que con conocimiento y estudio del mismo, dicte en su día Resolución en virtud de la cual, se proceda a resolver anular y dejar sin efecto las disposiciones de los PLIEGOS objeto de denuncia, por lo argumentado, acomodándolo a lo dispuesto en la LCSP y a la doctrina administrativa en interpretación.

Por ser Justicia que, solicito en Madrid para Barcelona, a tres de agosto de dos mil veinte.

OTROSÍ DIGO que, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 56.3 de la LCSP, se solicita, como medida cautelar y en

tanto en cuanto se sustancia el presente escrito (o Recurso), se acuerde la suspensión de la tramitación del Expediente de Contratación, hasta su resolución, con suspensión también del plazo para la presentación de las ofertas o proposiciones por los interesados (Artículo 49.4 LCSP). Ello dado que el objeto del presente Recurso son los Pliegos rectores del contrato licitado, y su eventual estimación supondría la obligación de redactar unos nuevos Pliegos con las modificaciones pertinentes, su debida aprobación por el Órgano de Contratación, y una nueva publicación y apertura del plazo para presentar proposiciones.

SOLICITANDO AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN Y, "AD CAUTELAM", AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO que, acuerde la suspensión del presente procedimiento de contratación (junto con el plazo de presentación de ofertas) en tanto en cuanto no se resuelva sobre el presente escrito.

Reitero Justicia en lugar y fecha "ut supra".

José María Hernández De Andrés