

Recurso 205/2014**Resolución 413/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 10 de diciembre de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EMTE, S.L.U.**, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato mixto de suministro y servicios denominado “Suministro de un sistema de información para la recepción y gestión integral de comunicaciones y emergencias y posicionamiento del área de seguridad del Ayuntamiento de Fuengirola y el suministro de un sistema de control OCR de acceso al aparcamiento subterráneo del Ayuntamiento, así como el mantenimiento de ambos sistemas y de los sistemas de videovigilancia de seguridad en edificios y cámaras portátiles, grabación de audio, entrada al aparcamiento subterráneo de la Jefatura de Policía Local, escáner de paquetería, sistemas de interfonía y red de transmisiones del área de seguridad del Ayuntamiento de Fuengirola” (Expte 40/2015-CONTR) convocado por el citado Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado, la siguiente



RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de agosto de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el citado anuncio fue publicado el 5 de septiembre de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm. 213, y el 25 de agosto de 2015 en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Fuengirola.

El valor estimado del contrato es de 909.090, 91 euros.

SEGUNDO. La presente licitación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le 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 (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 23 de septiembre de 2015 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por EMTE, S.L.U. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato mixto de suministro y servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución.

CUARTO. El 2 de octubre de 2015, previo requerimiento de la Secretaría del Tribunal de 24 de septiembre de 2015, se recibió en el registro de este órgano oficio del órgano de contratación acompañando copia compulsada del expediente de contratación, informe al recurso, alegaciones a la medida cautelar



de suspensión, y en cuanto al listado de licitadores, manifestación del órgano de contratación de que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 5 de octubre de 2015.

QUINTO. En virtud de Resolución de 6 de octubre de 2015, este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

SEXTO. Una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, el 8 de octubre de 2015, se recibió en este Tribunal por correo electrónico listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

SÉPTIMO. Con fecha 9 de octubre de 2015, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo legal concedido al efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP (añadir) , en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de adjudicación.



El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 31, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

1. (...)

2. Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”

Sobre la legitimación para recurrir, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (113/2014, de 8 de mayo y 83/2015, de 3 de marzo, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación, lo que restringe, a su juicio, la libre competencia. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquel para recurrir, pese a no haber concurrido a



la licitación, pues precisamente las bases de ésta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Este criterio ya ha sido defendido por este Tribunal en numerosas ocasiones, recientemente en la Resolución 398/2015, de 17 de noviembre, en la que haciéndonos eco de la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se señala que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que la recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación de la recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho.

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 TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El contrato objeto de licitación es un contrato mixto de suministro y servicios, si bien el PCAP indica que *“predominará el régimen propio del servicio por constituir la parte de mayor peso económico”*. Por consiguiente, a los efectos que aquí nos interesan, estamos ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por una Administración Pública, siendo su valor estimado de 909.090,91 euros. En cuanto al objeto del recurso éste lo constituye el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.a) del TRLCSP.



CUARTO. Debe examinarse ahora si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal. El artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone 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 aquel 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:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

El legislador español, dentro de las posibilidades que ofrece la directiva de recursos, opta por computar el plazo para la impugnación de los pliegos -quince días hábiles- a partir del día siguiente a aquél en que hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del TRLCSP, precepto que va referido a la puesta a disposición de los pliegos a los licitadores cuando los mismos no se han facilitado por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

Ahora bien, en el supuesto aquí analizado, los pliegos de la licitación sí han sido puestos a disposición de los licitadores por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, a través de su publicación en el perfil de contratante.

Es de ver, pues, que con las publicaciones mencionadas (Diario Oficial de la Unión Europea, Boletín Oficial del Estado y perfil de contratante) se ha completado, en el supuesto examinado, la publicidad obligatoria prevista en el artículo 142 del TRLCSP para la convocatoria de licitaciones de contratos



sujetos a regulación armonizada por parte de las Administraciones Públicas y, además, el contenido del pliego impugnado se ha puesto a disposición de los licitadores en el perfil de contratante.

En tales casos, el cómputo del plazo de quince días hábiles para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se ha completado la publicidad de la convocatoria en los términos establecidos en el artículo 142 del TRLCSP.

Este criterio ha sido establecido por este Tribunal en numerosas resoluciones, valga por todas la Resolución 269/2015, de 23 de Julio. Asimismo, este criterio ha sido refrendado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en lo relativo al plazo para interponer recurso contra los pliegos cuando en el anuncio del Boletín Oficial del Estado figura el lugar en el que se pueden recoger, habiendo declarado en su sentencia de 30 de octubre de 2013 que *“(...) la sociedad puso el Pliego a disposición de los licitadores desde el día de publicación de los anuncios, publicándose los primeros el 2 de noviembre de 2010 (Plataforma de Contratación del Estado y Página web) fecha en la que se remitió el anuncio al DOUE y BOE para su publicación, publicándose dicho anuncio en el DOUE el día 3 de noviembre de 2010 y en el BOE el 5 de noviembre de 2010. A partir de esa fecha dicho pliego pudo recogerse en las oficinas según se hace constar en los anuncios. Por tanto, aun tomando en consideración la última de las fechas anteriormente indicadas, el recurso interpuesto por (...) fue extemporáneo (...)”*

Pues bien, en el caso examinado, el anuncio de la licitación se publicó el 25 de agosto de 2015 en el perfil de contratante, el 28 de agosto de 2015 en el DOUE y el 5 de septiembre en el BOE. Por tanto, es la publicación del anuncio realizada el 5 de septiembre de 2015 la fecha que debe considerarse como “dies a quo” en el cómputo del plazo. Así pues, dicho plazo finalizó el 23 de agosto de 2015, por



lo que el recurso presentado con esa misma fecha ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en el recurso la anulación de determinadas cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), a saber:

- La cláusula 10 del PCAP “Condición especial de ejecución”, se indica que *“De conformidad con lo dispuesto en el art. 118 TRLCSP, se establece la siguiente condición especial de ejecución del contrato: dadas las especiales características del servicio a que se destina el suministro, y a fin de garantizar las mínimas consecuencias ante averías, la empresa licitadora deberá contar con personal técnico propio en instalaciones (propias o de las que disponga por cualquier título admisible en derecho) en el término municipal de Fuengirola o en un radio máximo de diez kilómetros del centro de la ciudad, lo que se deberá acreditar como requisito para la adjudicación del contrato en la documentación administrativa a aportar (ANEXO B), mediante presentación de justificante de pago del IAE, en el que conste domicilio social, o por cualquier otra forma admitida en derecho.”*

- Esta exigencia se repite en el Anexo B “Documentación a presentar para la adjudicación del contrato, letra d.4, que tras enumerar la formación específica del personal, indica que deberá acreditarse que el personal propio adscrito al servicio se encuentra a la distancia que se establece en el apartado siguiente:

“ d.4) Documentación acreditativa de que dispone de instalaciones en el término municipal de Fuengirola, o en un radio de 10 km. del centro de la



ciudad.”

Y ello de acuerdo con la previsión que con carácter general se hace al inicio del mencionado Anexo B de que “*los requisitos de capacidad y solvencia exigidos deberán concurrir a la fecha de la declaración responsable y en todo caso a la de la finalización del plazo de presentación de las proposiciones.*”

- Por otro lado el Anexo B, letra c, exige que el adjudicatario deberá acreditar, en concepto de documento justificativo de la habilitación empresarial o profesional, la “*inscripción en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*”.

- Por último, en el Anexo B, letra d.3) se exige como documentación acreditativa de la solvencia técnica, y de modo adicional a la clasificación exigida, la presentación de “*Documentación acreditativa de que dispone de personal técnico propio para la ejecución de los trabajos de instalación y mantenimiento de los equipos o sistemas objeto del contrato, y de que cuenta con la siguiente formación específica o equivalente:*

. *Certificado RESELLER PARTNER Distribuidor Autorizado del sistema de gestión integral de comunicaciones, emergencias y posicionamiento.*

. *Certificado RADIO SOLUTIONS DIMETRA RADIO CERTIFIED SALES ASSOCIATE*

. *Certificado RADIO SOLUTIONS PCR-TRBO CERTIFIED TECHNICAL ASSOCIATE*

. *Certificado ASL2302-EMEA-ES- MOTOTRBO TECHNICAL SALES*

. *Certificado RDS2008-ES MOTOTRBO – UNDERSTANDING AUDIO IN A DIGITAL TWO-WAY RADIO SYSTEM.”*

Los argumentos en los que basa su petición de anulación de las citadas cláusulas



son los siguientes

a) En cuanto a la exigencia de inscripción en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones, entiende el recurrente que no está vinculada con el objeto del contrato y que resulta desproporcionada con el mismo, pues se trata de un requisito innecesario para el desempeño de las actividades comprendidas en el presente contrato. Basa su argumento en que la clasificación exigida es Grupo V, Subgrupo 3 y categoría B “Servicio de mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones informáticas de telecomunicaciones”, y no Grupo V, Subgrupo 4 “Servicios de Telecomunicaciones”, por lo que estamos ante un suministro con servicios de mantenimiento, pero no de telecomunicaciones, que sí requeriría la inscripción en el registro mencionado. Considera por ello que este requisito es restrictivo de la libre competencia.

b) En segundo lugar, considera el recurrente que la exigencia de Certificado RESELLER PARTNER Distribuidor Autorizado del sistema de gestión integral de comunicaciones, emergencias y posicionamiento es desproporcionado, pues no se exige en ninguna normativa, y supone que los licitadores cuenten con un certificado del fabricante, lo cual de acuerdo con la Resolución 105/2015, de 17 de marzo, de este Tribunal, es improcedente y atenta contra el principio de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia.

c) Considera asimismo el recurrente desproporcionada y no vinculada con el fin del contrato la exigencia de formación en equipos que no están contemplados en la licitación y que no se encuentran instalados en el Ayuntamiento; en concreto se refiere a los siguientes certificados:

. Certificado RADIO SOLUTIONS DIMETRA RADIO CERTIFIED SALES ASSOCIATE



. Certificado RADIO SOLUTIONS DIMETRA RADIO CERTIFIED TECHNICAL ASSOCIATE,

pues todos ellos corresponden al sistema TETRA DIMETRA y son ajenos a la red radio DMR que tiene el Ayuntamiento.

d) Por último, argumenta que la inclusión de referencias al arraigo local o vecindad a la fecha de declaración responsable, en el sentido de disponer tanto de personal propio adscrito al servicio como de instalaciones en el término municipal de Fuengirola o en un radio de 10 km del centro de la ciudad, conculca los principios de libertad de concurrencia e igualdad de trato. Hace referencia para sostener su postura a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2005 a la consulta C-2374/03, al Informe 9/09, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, a las Resoluciones 139/2011 y 217/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, e incluso al Informe nº 955, de 20 de diciembre de 2012, del Tribunal de Cuentas.

Por todo lo anterior solicita la anulación de la cláusula 10 del PCAP y de los apartados c), d.3) y d.4) del Anexo B del PCAP.

Por su parte, el órgano de contratación ha argumentado lo siguiente en su informe al recurso:

a) Respecto de la inscripción en el Registro de operadores de redes y servicios de telecomunicaciones electrónicas, indica el órgano de contratación que el licitador, además de llevar el mantenimiento integral de la red de telecomunicaciones municipal, cederá y operará el siguiente equipamiento de su propiedad en calidad de préstamo y pondrá a disposición municipal para su uso durante toda la vigencia del presente contrato:



- . 60 radio transmisores portátiles DMR
- . 60 emisoras Motorola
- . Licencias y software necesario para la compatibilidad de dicho equipo e infraestructura existente.

Es decir, la propiedad de dichos equipos es del licitador y nunca del Ayuntamiento, que hará uso de los mismos en calidad de usuario.

La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones recoge en su artículo 7 que en el Registro [de operadores] *deberán inscribirse los datos relativos a las personas físicas o jurídicas que hayan notificado su intención de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas, las condiciones para desarrollar la actividad y sus modificaciones.*

b) En cuanto a la exigencia del Certificado Reseller Partner, que obliga a la empresa a ser distribuidor autorizado del fabricante del Centro de Control que oferte en su licitación, indica el informe que con ella el Ayuntamiento se garantiza que el propio fabricante, ante la posible falta de respuesta del licitador, responderá subsidiariamente del sistema ofertado. Además, la manipulación del sistema ofertado por un distribuidor no autorizado puede conllevar la pérdida de garantía y soporte por parte del fabricante.

c) En cuanto a los Certificados Solution Dimetra Radio, informa que según la distribución autorizada del fabricante de los equipos DMR, son aplicables tanto a la red DMR como a la red TETRA, pues dichos certificados hacen referencia a los sistemas digitales que requiera multi-emplazamientos, como es el caso.

d) Por último, argumenta el órgano de contratación que el recurrente confunde los criterios de arraigo local o vecindad no admitidos legalmente con la exigencia de disponer de instalaciones en el término municipal para la correcta



prestación del servicio, pues el PCAP no exige que la empresa radique en la localidad. Es lógico que para la ejecución del contrato el tercero cuente con unas mínimas instalaciones en las que conservar el material que sea preciso para la prestación del servicio, y en cuanto a su ubicación, entiende el órgano de contratación que la cercanía es requisito para poder cumplir con los tiempos exigidos en el pliego, atendiendo a la naturaleza crítica del servicio objeto de la licitación: emergencias, extinción de incendios y salvamento.

Indica además el órgano de contratación que el recurrente no cuestiona, ni alega ni justifica que para la prestación del servicio no sea preciso contar con instalaciones algunas, sino que centra sus críticas en el ámbito territorial en el que se exige que cuente con ellas. Tampoco reclama una ampliación del ámbito geográfico, simplemente considera que la exigencia de un criterio o requisito de vecindad o arraigo limita la concurrencia.

Continúa el órgano de contratación exponiendo que la exigencia de que se disponga de unas instalaciones para la prestación del servicio no constituye un criterio de arraigo local o vecindad, como respalda la Resolución 101/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que las admite bien como compromiso de adscripción de medios o como condición de ejecución establecida en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT), y siempre dentro del límite del principio de proporcionalidad atendiendo al objeto e importe del contrato, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública. Así, aunque los pliegos puedan inducir a confusión por la denominación de la cláusula 10, en realidad esta exigencia está configurada como un compromiso de adscripción de medios, como se deduce del Anexo A que contiene el modelo de declaración responsable. Por tanto esta exigencia solo será exigible al adjudicatario. En este sentido, entiende el órgano que debería publicarse una nota aclaratoria en el perfil de contratante de que se trata del “compromiso de adscripción de medios”, y que



no es correcta la referencia a que el requisito deberá cumplirse a la fecha de presentación de la declaración responsable, pues el compromiso se hará efectivo posteriormente por el tercero que haya realizado la oferta económicamente más ventajosa.

Asimismo, el propio órgano de contratación reconoce que *“no es muy acertada la expresión de que el personal debe encontrarse a esa distancia”*, pues esta condición debería entenderse cumplida con que a dicha distancia se encuentren las instalaciones donde se prestará el servicio, puesto que sería *“ilógico e ilegal exigir la residencia de los terceros personas físicas que ejecutan el contrato”*. A tal efecto, considera también que debería publicarse en el perfil una nota aclaratoria al respecto abierto aún el plazo de presentación de instancias.

SEXTO. Vistos los argumentos de la partes, pasamos a continuación a analizar el fondo del recurso.

En cuanto a la exigencia de inscripción en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones, que el recurrente entiende que es restrictiva de la libre competencia, ha de analizarse en primer lugar si forman parte del objeto del contrato actividades para cuya realización la ley requiera estar inscrito en dicho Registro.

Para ello hemos de remitirnos, por un lado, a la descripción del objeto del contrato contenida en el PPT, y por otra a lo establecido en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Con carácter general, el apartado 1 del PPT define el objeto del contrato como sigue:

a) **SUMINISTROS:**



- 1. Sistema informático de recepción y gestión integral de comunicaciones y emergencias y posicionamiento del Área de Seguridad del Ayuntamiento de Fuengirola (en adelante GICEP).*
- 2. Sistema OCR de control de acceso al aparcamiento subterráneo del Ayuntamiento.*

b) SERVICIOS:

Mantenimiento integral de los siguientes sistemas:

- 1. Los sistemas cuyos suministros se interesan (GICEP y control de acceso OCR).*
- 2. Sistemas de videovigilancia de seguridad en el edificio consistorial, Jefatura de Policía Local, Depósito de Detenidos y Museo de la ciudad, así como sistemas portátiles de grabación de imagen y sonido (incluido software de gestión para la extracción y tratamiento de las grabaciones).*
- 3. Sistema de grabación de audio.*
- 4. Acceso al aparcamiento de la Jefatura de Policía Local.*
- 5. Scanner de paquetería.*
- 6. Sistemas de interfonía.*
- 7. Red de transmisiones del Área de Seguridad (Policía Local y Servicio de Extinción de Incendios).*

Como ya ha apuntado el órgano de contratación en su informe al recurso, la exigencia de esta inscripción se basa en que el contratista deberá ceder y operar el siguiente equipamiento de su propiedad: radio transmisores portátiles DMR, emisoras MOTOROLA y licencias y software necesario para la compatibilidad de dicho equipo e infraestructura existente.

Efectivamente, el Anexo IV del PPT, “Condiciones de Mantenimiento”, habla en sus cláusulas de reparaciones y sustitución de equipos, atención inmediata de averías, y establece en sus disposiciones comunes, letra j), que “La



adjudicataria deberá aportar al servicio, en régimen de cesión temporal durante todo el tiempo de vigencia del contrato:

. 60 radiotransmisores portátiles DMR Motorola DM4801 o equivalentes y, en cualquier caso, 100% compatibles con los sistemas y equipos existentes, con sus correspondientes cargadores y fundas, así como debidamente programados.

. 6 EMISORAS Motorola DM4601 o equivalentes y, en cualquier caso, 100% compatibles con los sistemas y equipos existentes.

. Las licencias y software necesarios para la compatibilidad de dichos equipos con la infraestructura y Centro de control existente.

k) Como parte del stock mínimo a disponer, la adjudicataria deberá depositar en la Jefatura de la Policía Local, durante todo el tiempo de vigencia del contrato los siguientes elementos:

. 1 emisoras

. 1 repetidor

. 2 radiotransmisores portátiles

Los equipos relacionados contarán con sus correspondientes fundas, cargadores y microaltavoces.

Teniendo en cuenta la cobertura de garantía del material de nueva adquisición, durante los dos primeros años, el adjudicatario del presente concurso deberá asumir, con respecto a este material:

- La asistencia técnica de todos los equipos y materiales relacionados*
- Las sustitución temporal de cualquiera de los equipos y materiales, en caso de avería, en tanto dure su reparación.*



- La reparación y/o sustitución definitiva de cualquiera de los equipos y materiales cuando su reparación no resultare posible.”

Por su parte, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, regula la inscripción en el Registro de operadores en los siguientes artículos:

“Artículo 6. Requisitos exigibles para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

1. Podrán explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otra nacionalidad, cuando, en el segundo caso, así esté previsto en los acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España. Para el resto de personas físicas o jurídicas, el Gobierno podrá autorizar excepciones de carácter general o particular a la regla anterior.

2. Los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, comunicarlo previamente al Registro de operadores en los términos que se determinen mediante real decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar.

Sin perjuicio de lo dispuesto para los operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas en el artículo 7, quedan exentos de esta obligación quienes exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación.”

“Artículo 7. Registro de operadores.



1. Se crea, dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, el Registro de operadores. Dicho Registro será de carácter público y su regulación se hará por real decreto. Se garantizará que el acceso a dicho Registro pueda efectuarse por medios electrónicos. En él deberán inscribirse los datos relativos a las personas físicas o jurídicas que hayan notificado su intención de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas, las condiciones para desarrollar la actividad y sus modificaciones.

2. Cuando el Registro de operadores constate que la notificación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior no reúne los requisitos establecidos dictará resolución motivada en un plazo máximo de 15 días hábiles, no teniendo por realizada aquélla.

3. Las administraciones públicas deberán comunicar al Registro de operadores todo proyecto de instalación o explotación de redes de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación que haga uso del dominio público, tanto si dicha instalación o explotación vaya a realizarse de manera directa o a través de cualquier entidad o sociedad. Mediante real decreto podrán especificarse aquellos supuestos en que, en atención a las características, la dimensión de la red proyectada o la naturaleza de los servicios a prestar, no resulte necesario efectuar dicha comunicación.

(...).”

Para determinar si la puesta a disposición de los equipos mencionados en el PPT puede ser considerada como la explotación de una red o la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas, en cuyo caso resultaría obligatoria la inscripción de los licitadores en el Registro de operadores, nos remitimos a la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), que define en su artículo 2.c)



el servicio de comunicaciones electrónicas como *“el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos; quedan excluidos asimismo los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.”*

Esta definición ha sido recogida literalmente asimismo en el Anexo II de la mencionada Ley, en el que se recoge asimismo la definición del término operador como la *“persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado al Ministerio de Industria, Energía y Turismo el inicio de su actividad o está inscrita en el Registro de operadores.”*

Como hemos visto anteriormente, el PPT, como parte del servicio de mantenimiento, habla exclusivamente de la cesión de equipos con carácter temporal, junto con las licencias y software necesarios para su compatibilidad con la infraestructura ya existente, pero no hace mención alguna de su instalación, puesta en marcha, ni del diseño o gestión de la red, que claramente no forman parte del objeto del presente contrato.

Por consiguiente, no puede considerarse que el PPT prevea la explotación de una red ni la prestación de un servicio de comunicación, por lo que la exigencia de que los licitadores deban ser “operadores” y encontrarse inscritos en el



Registro de operadores de servicios de comunicaciones electrónicas no se encuentra relacionado con el objeto del contrato, resultando por tanto restrictiva de la libre competencia. Procede por tanto la estimación de la pretensión del recurrente en este primer punto de su recurso.

Por último habría que poner de manifiesto en relación con la regulación de este punto que , aunque solo es objeto de impugnación por el recurrente el contenido del PCAP, el PPT también menciona la exigencia de inscripción en el Registro de operadores en el apartado 10, denominado “Habilitación empresarial”, por lo que esta referencia deberá asimismo ser eliminada del mencionado pliego.

SÉPTIMO. Con respecto a la segunda alegación del recurso acerca de la desproporción que supone exigir el Certificado RESELLER PARTNER Distribuidor Autorizado del sistema de gestión integral de comunicaciones, emergencias y posicionamiento, indica el recurrente que no se exige en ninguna normativa, y que implica que los licitadores cuenten con un certificado del fabricante, lo cual de acuerdo con la Resolución 105/2015, de 17 de marzo de este Tribunal, es improcedente y atenta contra el principio de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia.

Pero la Resolución 105/2015 de este Tribunal a que hace referencia el licitador se refiere a requisitos de capacidad de la empresa, y no a la formación del personal a adscribir a la ejecución del contrato exigidos en virtud del artículo 64.2 del TRLCSP, que es, aunque no quede claro en la redacción del PCAP, en virtud de lo cual está exigido según el informe del órgano de contratación.

No obstante, es obvio que la condición de distribuidor oficial no puede exigirse como un requisito de formación del personal técnico de la empresa; de ser exigible, lo sería en todo caso como requisito de solvencia técnica. Pero en el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un contrato mixto de suministro y



servicios al que se aplican las normas reguladoras de los contratos de servicios, siendo en este caso exigible la clasificación.

Y ello es así porque a la fecha de publicación de los pliegos que estamos analizando, es todavía de aplicación el régimen transitorio introducido por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público (en adelante Ley 25/2013), del cual este Tribunal se ha hecho eco en anteriores resoluciones, por todas la Resolución 359/2015, de 22 de octubre, en el siguiente sentido:

“Al respecto, en relación con el régimen jurídico aplicable al requisito de clasificación del empresario, este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de manifestarse, entre otras, en las resoluciones 237/2015, de 7 de julio y 305/2015, de 3 de septiembre, donde se exponía que actualmente nos encontramos en un período transitorio introducido por la Ley 25/2013, que modifica diversos artículos del TRLCSP, y supedita la aplicación de algunos de ellos al desarrollo reglamentario de la norma, que aunque ya se ha realizado por medio del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, no entrará en vigor hasta el próximo 5 de noviembre de 2015.

En las citadas resoluciones se recogía que:

«En conclusión, y de acuerdo con el razonamiento expuesto, a día de hoy, no es exigible la clasificación para la celebración de los siguientes contratos de servicios:

a) Los de valor estimado inferior a 200.000 €, expresamente exonerados en el último párrafo de la disposición transitoria cuarta del TRLCSP.



b) Los que, aun teniendo un valor estimado superior, se incluyan en las categorías 6 y 21 del artículo 206 del TRLCAP, así como los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos de la categoría 26 del citado artículo 206 del TRLCAP (concordantes con las reseñadas con idénticos números en el Anexo II del TRLCSP), todos ellos dispensados por el artículo 25.1 del TRLCAP.

c) Los que, no estando comprendidos en las letras precedentes, sean subsumibles en las categorías 8, 26 (no sólo las de creación e interpretación artística) y 27 del Anexo II TRLCSP, puesto que la exigencia de clasificación para ellos que contenía el artículo 25.1 TRLCAP quedó derogada en virtud de la redacción originaria del artículo 54 y de la disposición transitoria quinta, ambos de la LCSP.»

En el caso que nos ocupa y en el momento en el que se tramitó el expediente, tratándose de un contrato de servicios de categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, “Servicios de mantenimiento y reparación”, cuyo valor estimado es superior a 200.000 euros, es exigible la clasificación. Recordemos al efecto que ha quedado establecido en el PCAP que se trata de un contrato mixto de suministros o servicios en el que “predominará el régimen del servicio por constituir la parte de mayor peso económico”, y que el artículo 12 del TRLCSP, es claro cuando afirma que el carácter de la prestación que tenga mayor importancia desde el punto de vista económico, determinará las normas que deberán observarse en su adjudicación.

De este modo, nos encontramos con que de acuerdo con el artículo 62 del TRLCSP, 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, cuándo ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley, por lo que ni este ni otros requisitos de solvencia técnica son exigibles a los licitadores en un contrato de servicios en el que es exigible la clasificación, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 66.1 del TRLCSP respecto de los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea.

Procede por tanto estimarse la pretensión del recurrente en cuanto a la improcedencia de exigir a los licitadores, estar en posesión del Certificado RESELLER PARTNER Distribuidor Autorizado del sistema que oferte, toda vez que la clasificación, cuando es exigible, sustituye a la acreditación de los requisitos de solvencia técnica.

OCTAVO.- Considera en tercer lugar el recurrente que es desproporcionada y no vinculada con el fin del contrato la exigencia de formación en equipos no contemplados en la licitación y que no están instalados en el Ayuntamiento; en concreto se refiere a los certificados:

. Certificado RADIO SOLUTIONS DIMETRA RADIO CERTIFIED SALES ASSOCIATE

. Certificado RADIO SOLUTIONS DIMETRA RADIO CERTIFIED TECHNICAL ASSOCIATE,

todos ellos corresponden al sistema TETRA DIMETRA y son ajenos a la red radio DMR que tiene el Ayuntamiento.

Por su parte, el órgano de contratación ha indicado que según la distribución autorizada del fabricante de los equipos DMR, son aplicables tanto a la red DMR y como TETRA, pues dichos certificados hacen referencia a los sistemas digitales que requiera multi-emplazamientos, como es el caso.



Por consiguiente, debemos indicar que los requisitos mínimos de solvencia deben tener relación con el objeto del contrato y ser proporcionales al mismo (artículo 62.2 del TRLCSP).

En el caso que nos ocupa, se trata de una exigencia de solvencia relacionada con el objeto del contrato, en concreto, con el mantenimiento de la Red de Transmisiones. En cuanto a la proporcionalidad de este requisito, el recurrente basa su discrepancia en que estos certificados se refieren a sistemas digitales ajenos a los disponibles por el Ayuntamiento, lo cual niega el propio Ayuntamiento. Llegados a este punto, nos encontramos ante una cuestión que entra dentro de la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación a la hora de diseñar los contratos, pues éste fundamenta la adecuación de la formación exigida con el mantenimiento de su red, y nada puede este Tribunal establecer al respecto; se trata de un requisito relacionado con el objeto del contrato y cuya desproporcionalidad no queda probada, pues el recurrente la basa en su desconexión con el objeto del contrato, no quedando probada la misma.

Por consiguiente, debe desestimarse este motivo del recurso por los razonamientos expuestos.

NOVENO.- En cuanto al último argumento del recurso, referente a la inclusión de referencias al arraigo local o vecindad a la fecha de declaración responsable, en el sentido de disponer tanto de personal propio adscrito al servicio como de instalaciones en el término municipal de Fuengirola o en un radio de 10 km del centro de la ciudad, el recurrente considera que conculca los principios de libertad de concurrencia e igualdad de trato.

Para fundamentar su postura, el recurrente menciona la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2005 (consulta c-234/03);



sin embargo, la parte de esta Sentencia invocada por el recurrente se refiere al establecimiento de este requisito de vecindad o arraigo local como requisito de admisión. Del mismo modo, el Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se refiere también a esta exigencia como requisito de aptitud, e igual ocurre en la Resoluciones invocadas por el recurrente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y en el Informe del Tribunal de Cuentas.

Por su parte el órgano de contratación indica que es lógico que para la prestación de un servicio como es el del objeto del presente contrato, y atendiendo a la naturaleza crítica de las prestaciones -emergencias, extinción de incendios y salvamento-, se requiera una cercanía de las instalaciones que la empresa vaya a dedicar a la ejecución de este contrato para poder cumplir con los tiempos exigidos en el pliego.

A este respecto, hemos de remitirnos a lo expuesto en la Resolución 101/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 6 de marzo, invocada por el órgano de contratación, que establece lo siguiente:

“La primera cuestión a abordar, planteada por ambos recurrentes, es la relativa a la vulneración por la cláusula 9.3 j) del pliego de cláusulas administrativas particulares de los principios de concurrencia y de igualdad al establecer como un requisito de admisión que la empresa demuestre tener en cada una de las provincias donde se va a ejecutar el contrato una Delegación de Zona que las admite bien como compromiso de adscripción de medios o como condición de ejecución establecida en el PPT, y siempre dentro del límite del principio de proporcionalidad atendiendo al objeto e importe del contrato, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública.

(...)



Así pues, entiende este Tribunal que con carácter previo al estudio de si la citada cláusula 9.3 j) del pliego vulnera los principios de concurrencia e igualdad, tal y como manifiestan las recurrentes, se hace necesario examinar la posibilidad de su exigencia como requisito adicional a la clasificación.

Evidentemente, no cabe plantearse su exigencia como requisito de solvencia pues, de acuerdo con el artículo 74.2 del TRLCSP, la clasificación sustituye la acreditación de solvencia a través de los medios previstos en los artículos 75 y siguientes del TRLCSP. En cambio, sí sería posible plantearse su exigencia como compromiso de adscripción de medios, en los términos previstos en el artículo 64.2 del TRLCSP.

El TRLCSP, en su artículo 64.2 dispone que: «Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario».

De acuerdo con el precepto citado, además de acreditar la solvencia o, en su caso clasificación, que determinan la idoneidad o aptitud del empresario para realizar la prestación objeto del contrato, el órgano de contratación tiene la posibilidad de exigir un plus de solvencia, mediante el establecimiento de la obligación de señalar los concretos medios personales o materiales, como podría ser en este caso “Delegación de Zona». En definitiva este compromiso de adscripción de medios se configura, por tanto, como una obligación adicional, de proporcionar unos medios concretos, de entre aquellos que



sirvieron para declarar al licitador idóneo para contratar con la Administración. En cualquier caso, el límite a la exigencia de un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato resulta de los principios de proporcionalidad, esto es relación con el objeto y el importe del contrato, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública. Se trata además de una obligación cuya acreditación, de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, corresponde sólo al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 27 de octubre de 2005 (asunto C-234/03), señaló que si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentación de las ofertas no vulneraba el principio de libertad de establecimiento, la obligación de disponer de ella ya en el momento de presentación de la oferta, aunque la existencia de esta oficina se pudiera considerar adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada y, en cambio, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso firme de tenerla.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la exigencia de “Delegaciones de Zona”, de resultar exigible, por cumplir con los principios de la contratación pública, sería admisible bien como compromiso de adscripción de medios -a incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares-o bien como condición de ejecución del contrato en el pliego de prescripciones técnicas-, siendo intrascendente el título jurídico en cuya virtud se disponga de las citadas Delegaciones.”

Visto lo anterior, hay que decir que el PCAP ha regulado esta exigencia tanto como un requisito de solvencia adicional en el compromiso de adscripción de



medios, como condición especial de ejecución en su cláusula 10, resultando de acuerdo con la doctrina expuesta, ambas opciones admisibles (si bien habría que decantarse por una de ellas, pues su inclusión en ambas resultaría redundante y podría inducir a confusión), siempre que además este requisito sea acorde con los principios de proporcionalidad atendiendo al objeto e importe del contrato, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación.

El órgano de contratación también ha reconocido la confusión que contienen los PCAP por la denominación de la cláusula 10 “Condición especial de ejecución”, ya que en realidad la exigencia geográfica de las instalaciones está configurada como un compromiso de adscripción de medios, como se deduce del Anexo A que contiene el modelo de declaración responsable. Por tanto esta exigencia solo será exigible al adjudicatario. En este sentido, el propio órgano de contratación propone la publicación de una nota aclaratoria de que se trata del “compromiso de adscripción de medios”, y que no es correcta la referencia a que el requisito deberá cumplirse a la fecha de presentación de la declaración responsable, pues el compromiso se hará efectivo posteriormente por el tercero que haya realizado la oferta económicamente más ventajosa.

Por consiguiente, puede concluirse que considerando la inmediatez que requiere el mantenimiento ante cualquier avería de la red a través de la que el Ayuntamiento de Fuengirola establece sus comunicaciones para la prestación de servicios de emergencias, extinción de incendios y salvamento, no resulta desproporcionada la exigencia al adjudicatario de que cuente con instalaciones en un determinado radio de cercanía a los equipos en los que pueden producirse las averías, de modo que, como justifica el órgano de contratación, puedan cumplirse los tiempos exigidos para su solución. Así, por ejemplo, el PPT exige que la prestación del servicio de mantenimiento se realice en el plazo máximo de una hora si fuese requerida con carácter de urgencia, que el adjudicatario



mantenga un stock de repuestos para la atención inmediata de averías, o la personación en las instalaciones en el plazo máximo de una hora del personal técnico del contratista ante el aviso de una incidencia.

En cuanto a la exigencia de que el personal propio adscrito al servicio se encuentre a la distancia máxima exigida a las instalaciones, aun cuando el recurrente no ha desarrollado su desacuerdo acerca de esta exigencia en su escrito, el propio órgano de contratación se allana a la petición del recurrente en este sentido, entendiendo que no debe exigirse este requisito respecto del personal que preste el servicio, sino únicamente respecto de las instalaciones de que disponga la empresa.

En conclusión, la cuestión debe resolverse en el sentido de:

- a) Considerar ajustada a derecho la inclusión en el compromiso de adscripción de medios de que el contratista cuente con las instalaciones necesarias para la prestación del contrato en el radio de distancia establecido por el órgano de contratación, si bien deben eliminarse de los pliegos las referencias a tal requisito como condición especial de ejecución, pues su consideración como dos condiciones distintas en el PCAP es redundante y puede inducir a confusión.
- b) De acuerdo con lo anterior, considerar nula la exigencia de que dicho requisito deba concurrir en la fecha de la declaración responsable y en todo caso en la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, pues como ya se ha expuesto, la acreditación de la disposición de los medios comprometidos solo serán exigibles al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con el artículo 151 del TRLCSP.
- c) Considerar nula, la exigencia de que el personal que preste el servicio se encuentre a la distancia exigida para las instalaciones.



Por consiguiente, procede la estimación parcial de este punto del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EMTE, S.L.U.**, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato mixto de suministro y servicios denominado “Suministro de un sistema de información para la recepción y gestión integral de comunicaciones y emergencias y posicionamiento del área de seguridad del Ayuntamiento de Fuengirola y el suministro de un sistema de control OCR de acceso al aparcamiento subterráneo del Ayuntamiento, así como el mantenimiento de ambos sistemas y de los sistemas de videovigilancia de seguridad en edificios y cámaras portátiles, grabación de audio, entrada al aparcamiento subterráneo de la Jefatura de Policía Local, escáner de paquetería, sistemas de interfonía y red de transmisiones del área de seguridad del Ayuntamiento de Fuengirola” (Expte 40/2015-CONTR) convocado por el citado Ayuntamiento, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la elaboración del PCAP, a fin de que en el nuevo pliego que se apruebe se tenga en cuenta lo expuesto en los fundamentos de derecho sexto, séptimo y noveno de esta Resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal mediante Resolución de fecha 6 de octubre de 2015.



TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de 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.

