Recurso 218/2022
Resolución 382/2022
Sección Segunda

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 13 de julio de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERRAL ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE ARCHIVOS Y BIBLIOTECAS, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato mixto denominado «Suministro y servicios para la atención a las personas usuarias para el acceso a los documentos, la dinamización cultural así como el mantenimiento de la colección e instalaciones de la Red de Bibliotecas Públicas Municipales del Excmo. Ayuntamiento de Almería» (Exp. Núm. C-19/2022) promovido por el referido Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de mayo de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en la plataforma electrónica de contratación utilizada por el Ayuntamiento de Almería y accesible en la siguiente dirección: https://community.vortal.biz/PRODSTS/Users/Login/Index?SkinName=ciudadalmeria el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato mixto indicado en el encabezamiento. EI 20 de mayo de 2022 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea. Su valor estimado asciende a 1.859.980,89 euros.

La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público 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, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

SEGUNDO. El 6 de junio de 2022, tuvo entrada en el registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERRAL ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE ARCHIVOS Y BIBLIOTECAS, S.L.** (en adelante, SERRAL) contra los pliegos y demás documentos contractuales que rigen la contratación mencionada.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue recibida en este Tribunal con fecha 22 de junio.

El 10 de junio de 2022 el Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente.

La Secretaria del Tribunal confirió trámite de alegaciones al recurso por plazo de cinco días hábiles, con traslado del escrito de recurso, a la entidad CÓDICE GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN S.L que ha presentado oferta en el procedimiento de adjudicación, sin que, trascurrido dicho plazo, se haya evacuado el trámite conferido por aquella.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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, toda vez que el Ayuntamiento de Almería ha manifestado que no dispone de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación, según la documentación que obra en el expediente de contratación. En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

En el supuesto examinado, los motivos en que se sustenta el recurso denuncian aspectos relativos a los requisitos fijados en el pliego para la acreditación de la solvencia técnica o la no división en lotes, entre otros, que evidencian que los pliegos restringen o dificultan sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible

El objeto de la presente impugnación son los pliegos que rigen un contrato mixto de suministro y servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 de la LCSP establece en su apartado b)que "*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
(...)
b) 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 se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan

entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...)".

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 18 de mayo de 2022, día en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 6 de junio de 2022 en el registro electrónico de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado b) de la LCSP.

Pues bien, con carácter previo a abordar las consideraciones del Tribunal en los fundamentos de derecho que siguen a continuación, hemos de indicar que, por razones de sistemática expositiva, vamos a invertir el orden de las alegaciones efectuadas en aquel, comenzando por el análisis de los motivos segundo y tercero.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre la configuración "artificiosa" de la contratación mixta por la fusión de prestaciones diversas que carecen de la necesaria vinculación directa y de la relación de complementariedad. Vulneración de los artículos 12 y 34.2 de la LCSP y 25.2 del Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

La recurrente solicita la anulación de los pliegos que rigen la contratación y funda su pretensión en diversos motivos que se analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

1. Alegaciones de la recurrente.

SERRAL alega la imposibilidad legal que, a su juicio, concurre, para catalogar la contratación que nos ocupa como un contrato mixto de suministro y servicios, a la vista de la naturaleza de las prestaciones que se fusionan y los requisitos establecidos en el artículo 25. 2 del TRLCSP.

Así, sostiene que la pluralidad de suministros y servicios que se articulan en el contrato carecen de afinidad material alguna, lo que determina el carácter artificioso de la agrupación pretendida. Como ejemplo, se remite a las páginas 16 a 22 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) y enumera parte de las prestaciones que en aquel se recogen para concluir que el pliego detalla las tareas y funciones a acometer, por diferentes trabajadores, completamente diferenciados entre si, de tal manera que tales prestaciones responden a distintas necesidades, son desempeñadas por trabajadores diferentes, no pudiendo apreciarse la complementariedad ni la vinculación en su ejecución que demanda la previsión legal para la configuración de un contrato mixto.

Alega finalmente que la integración de tal disparidad de prestaciones en un solo contrato supone una barrera para el acceso a los contratos públicos y afecta al principio de libre concurrencia al requerir unos medios materiales y humanos, muy distintos entre si, lo que provoca un efecto que desincentiva la competencia, por lo que solicita que el objeto del contrato se licite en lotes independientes, y de esta manera enlaza con el motivo tercero que se desarrollará a continuación de éste.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación solicita en su informe la desestimación del motivo y defiende la configuración mixta de la contratación que nos ocupa, a la vista del artículo 34.2 de la LCSP y con fundamento en el informe razonado del servicio que promueve la contratación de fecha 4 de marzo de 2022, obrante en el expediente administrativo. Invoca la doctrina de la discrecionalidad técnica a la hora de la definición del objeto del contrato (Resolución

102/2021 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid y Resolución 322/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Asimismo, alega que la configuración del contrato mixto no afecta al principio de libre concurrencia y libertad de acceso a las licitaciones, ya que, de conformidad con las previsiones del pliego, los licitadores pueden acudir a las figuras de la subcontratación –prevista en el apartado 35 del Anexo I del PCAP- o la posibilidad de constitución en Unión temporal de empresas, o incluso a la posibilidad de integración de la solvencia con medios externos, prevista tanto en el PCAP como en la LCSP.

Finalmente, reitera que la prueba de que la configuración del contrato como mixto no supone un obstáculo al principio de libre concurrencia es que en la anterior licitación, de idéntica naturaleza, participaron tres licitadores, entre ellos, la recurrente, sin que la integración de las prestaciones supusiera una barrera para su acceso a la contratación.

3. Consideraciones del Tribunal.

Con carácter previo, conviene indicar que el recurrente invoca vulneración de un precepto derogado al referirse al artículo 25.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuyo equivalente en la normativa actual es el artículo 34.2 de la LCSP.

Sentado lo anterior, y a fin de resolver la cuestión controvertida, hemos de partir de la definición de contratos mixtos que ofrece la LCSP en su artículo 18 como aquellos que contienen « (*…) prestaciones correspondientes a otro u otros contratos de distinta clase* ». En relación con este tipo de contratos, la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2021, de 8 de febrero de 2021, argumenta lo siguiente:

> *«2. Los contratos mixtos fusionan prestaciones correspondientes a contratos de distinta clase. Tal confluencia de elementos más determinar cuál es el prioritario, plantea cuestiones que incidirán en los distintos momentos de la vida del negocio, en especial la normativa aplicable, adjudicación, carácter separable de las prestaciones, etc. y, como se ha visto, la admisibilidad de un eventual recurso especial.*
>
> *(…)*
> *el poder adjudicador debe justificar con pruebas objetivas que es necesario celebrar un único contrato más el interés prioritario que se quiere satisfacer. Esto obliga al análisis de los pliegos y de los antecedentes en que se sustentan.*
>
> *(…)*
>
> *esta forma de licitación debe obedecer tanto a motivos técnicos como económicos objetivos, motivos que además permitan identificar la prestación principal. No cabe, por tanto, mera intención, expresa o presunta, de considerar que son indivisibles las distintas prestaciones y aspectos concurrentes.*
>
> *4º Atendiendo al objeto del contrato, esos motivos técnicos llevan a que se vea pertinente que prestaciones dispares las asuma un sólo adjudicatario. Tales motivos no se identifican sin más con una más eficaz gestión de la actividad licitada, sino que deben guardar coherencia con el interés público llamado a satisfacerse con el contrato, en función de la idoneidad del contratista para asumir prestaciones de diferente naturaleza a lo que se añade que tal acumulación de prestaciones suponga una ventaja económica.*

5º Y para apreciar la bondad de acudir al contrato mixto habrá que ponderar su incidencia en principios básicos en la contratación pública: libertad de acceso a las licitaciones, transparencia del procedimiento y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (...)».

Esta figura contractual tiene carácter residual, de tal manera que, conforme establece el artículo 34.2 de la LCSP, solo podrán celebrarse este tipo de contratos cuando concurran las condiciones establecidas en aquél, a saber:

- que las prestaciones estén vinculadas entre sí
- y que las prestaciones sean complementarias, de manera que se consideren y traten como una unidad funcional orientada a satisfacer una necesidad o a conseguir un fin institucional propio de la entidad contratante.

Para abordar esta cuestión, conviene traer a colación la Resolución 346/2013, de 4 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que, si bien se dictó bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector Público, sus consideraciones son plenamente aplicables respecto de la normativa actual. Dicho pronunciamiento -referido a un contrato que englobaba la limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, la limpieza y mantenimiento de parques y jardines, la gestión del alumbrado público y de la regulación semafórica y el mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público- expone los siguientes razonamientos, de aplicación al supuesto que nos ocupa:

«Un análisis racional de las prestaciones que componen el presente contrato nos debe hacer concluir que es difícil atisbar cuál pueda ser la relación existente entre la gestión del alumbrado público, por ejemplo, y la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos. Igualmente, resulta difícil considerar que se puedan encontrar vinculadas entre sí, por ejemplo, el mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público, la gestión del alumbrado público, o la limpieza y mantenimiento de parques y jardines.

Ello es así porque, a juicio de este Tribunal, cuando el artículo 25.2 establece que debe existir una vinculación entre las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, no se está refiriendo a una mera vinculación subjetiva por razón de la entidad contratante ni está diferenciando entre prestaciones concretas. Si así fuera, el precepto resultaría del todo estéril y sería posible acumular en un contrato mixto cualquier tipo de prestación que fuera propia de la entidad contratante aunque su naturaleza fuera muy diferente. Por el contrario, el criterio de este Tribunal es que la intención del legislador fue otra muy diferente. Hemos de recordar que uno de los principios que inspiran la totalidad del articulado de la Ley es indiscutiblemente el de máximo respeto al principio de concurrencia, de manera que, a lo largo de toda esta norma, se puede observar una prevención por parte de legislador contra su vulneración y el establecimiento de diversas medidas que tratan de evitar una perturbación indeseada de la concurrencia contractual. Sobre esta línea de pensamiento es perfectamente razonable entender que, si el legislador ha establecido que para que exista un contrato mixto las prestaciones deben estar vinculadas entre sí, esa vinculación debe ser una vinculación material, no meramente subjetiva ni tampoco formal.

Consecuentemente, debemos entender que las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas. Este criterio se ve ratificado por la parte final del precepto que exige que las prestaciones puedan calificarse como complementarias desde el punto de vista material, porque sólo esta circunstancia puede obligar a que puedan calificarse como una unidad funcional. Y es que no es discutible que no existe una unidad funcional respecto de prestaciones que estén tan alejadas materialmente como las que antes hemos señalado.

Esta circunstancia se clarifica aún más en el pliego de cláusulas administrativas particulares cuando se acude a la cláusula séptima o al propio pliego de prescripciones técnicas, en los que queda claro que esas cuatro prestaciones en las que inicialmente se divide el contrato son, en realidad, varias más y referentes a materias muy diversas.

No basta, a estos efectos, el que el órgano de contratación haya sostenido la existencia de vínculos y de relaciones de complementariedad y funcionales sobre la base de la posible existencia de sinergias entre todas ellas. Este Tribunal no considera necesario siquiera determinar si es el órgano de contratación o los recurrentes quienes tienen razón acerca de si realmente existen o no sinergias respecto de las distintas prestaciones que puedan constituir el contrato. Entendemos que no es necesario porque las exigencias establecidas en el artículo 25.2 deben analizarse en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad. Sentada esta premisa obedece a un criterio de pura lógica y de sentido común que, tal como acabamos de exponer, las prestaciones contenidas en este contrato no son prestaciones vinculadas materialmente entre sí ni existe respecto de ellas una relación de complementariedad que las configure como una unidad funcional."

Acogiendo la doctrina antes expuesta, este Tribunal también se pronunció sobre la viabilidad de fusionar prestaciones en una contratación mixta en la Resolución 243/2014, de 9 de diciembre.

Pues bien, expuesto lo anterior, procede analizar el objeto del contrato, según lo descrito en los pliegos. Así, si acudimos al PCAP, el apartado 1 del anexo 1, al definir el objeto del contrato, se establece lo siguiente:

«El objeto del presente contrato es la prestación mixta de suministros y servicios bibliotecarios complementarios de la Red de Bibliotecas Municipales del Ayuntamiento de Almería, que incluye la atención a las personas usuarias para el acceso a los documentos, dinamización cultural, así como el mantenimiento de la colección e instalaciones de la Red de Bibliotecas Publicas Municipales del Excmo. Ayuntamiento de Almeria, compuesta por la Biblioteca Central "Jose Maria Artero" y las Bibliotecas Sucursales "La Chanca", "El Alquian", "Los Angeles" y "Cabo de Gata.

(…)
Los servicios y funciones consistirán en la atención a las personas usuarias para el acceso a los documentos, dinamización cultural, así como el mantenimiento de la colección e instalaciones de la Red de Bibliotecas Municipales de Almería, conforme al siguiente catálogo de prestaciones:

A) COORDINACIÓN DE LOS SERVICIOS CONTRATADOS.
(…)
B) GESTIÓN DE LAS COLECCIONES.
a) Proceso técnico de los fondos (registro, sellado, catalogación, clasificación, indización y preparación para el préstamo).
b) Realizar búsquedas bibliográficas orientadas a responder a las consultas de los usuarios.
c) Recoger y sistematizar la información local de acuerdo a las necesidades de información de la comunidad.
d) Identificar necesidades de información de los usuarios y establecer recursos y canales de acceso a las mismas.
e) Dinamizar las colecciones (elaboración de muestras bibliográficas, guías de lectura, etc) y seleccionar fondos y suscripciones para su adquisición, previa validación por parte de los servicios técnicos bibliotecarios del Área de Cultura y Educación. Dicha adquisición se llevará a cabo por la empresa adjudicataria en los términos previstos y el importe económico referido en el apartado K).

C) ATENCIÓN AL FUNCIONAMIENTO Y MANTENIMIENTO DEL MATERIAL DE LA BIBLIOTECA:
a) Ordenación y colocación de los fondos bibliográficos de la Red Municipal.

b) Propuesta de retirada de ejemplares en mal estado y de aquellos que puedan ser susceptibles de expurgo.
c) Mantenimiento y reposición de folletos informativos, hojas de solicitudes, etc a disposición del publico.
d) Gestión de reservas.
e) Sugerir compras
D)GESTIÓN DE SERVICIOS, PROGRAMAS Y ACTIVIDADES:

E) ALFABETIZACIÓN INFORMACIONAL:
(…)
F)TECNOLOGÍA Y CULTURA MAKER:
a) Proyectos con impresoras 3D y cortadoras CNC.
b) Proyectos con dispositivos Arduino y Raspberry PI.
c) Mantener e identificar necesidades de consumibles, especialmente aquellos compatibles con varias placas: resistencias, diodos, pulsadores, jacks de alimentacion, placas PCB, etc.
d) Mantener e identificar necesidades de herramientas utiles para el desarrollo de proyectos: soldador, alicates de corte, alicates universales, pinzas, destornilladores, cuchilla, etc.
e) Vigilar el correcto estado del equipamiento y las operaciones de mantenimiento preventivo y correctivo que se puedan llevar a cabo (hardware y software).
f) Identificar necesidades de nuevo hardware y software.
g) Llevar un inventario de equipos y programas.
h) Apoyar y asesorar al personal de la biblioteca en cuestiones relativas al uso del hardware y software que utilizan.
i) Asesorar a los usuarios en el uso del equipamiento. informático y tecnológico que tienen a su disposición.
j) Elaboración de tutoriales y guías rápidas.

G) GESTIÓN Y EJECUCIÓN DE PROGRAMAS Y ACTIVIDADES:
Diseñar y ejecutar programas de actividades y talleres complementarios a las funciones propias de las Bibliotecas, encaminados al fomento de la lectura y al ocio que satisfagan las necesidades de los usuarios, así como colaborar con los colegios cercanos a las Bibliotecas como aula divulgativa y con otras instituciones o asociaciones o participar activamente en las actividades propuestas desde el Área de Cultura que no supongan un coste adicional para la empresa adjudicataria (clubes de lectura, presentaciones de libros…
(...)
H) ATENCIÓN DIRECTA AL PÚBLICO.
(…)
I) GESTIÓN DEL PRÉSTAMO:
a) Altas y bajas de lectores. Carnes.
b) Tramitación de préstamos, devoluciones y reservas.
c) Renovación de préstamos.
d) Control y seguimiento de plazos superados, asi como el envío de las reclamaciones pertinentes.

J) MANTENIMIENTO DE EDIFICIOS DE LA RED MUNICIPAL DE BIBLIOTECAS:
La empresa adjudicataria se ocupará de todo el mantenimiento de los edificios e instalaciones que ocupan en la actualidad las Bibliotecas de la Red de Bibliotecas Publicas Municipales del Excmo. Ayuntamiento de Almería en lo referente a seguridad, ornato, decoro y funcionalidad. Para ello se ocupará de acometer aquellas reparaciones necesarias en las instalaciones referidas a: trabajos de carpintería, cristalería, albañilería, fontanería y electricidad que por uso o deterioro se produzcan, así como la sustitución de cualquier elemento en el supuesto de que la reparación no sea posible. Estarán incluidos en las tareas de mantenimiento la pintura anual de la fachada principal de la Biblioteca Central "José Maria Artero", el mantenimiento de la pintura interior de todas las

Bibliotecas de la Red y el control de extintores. Asimismo, la empresa adjudicataria se ocupara del correcto funcionamiento del siguiente equipamiento: (…)

K) ADQUISICIÓN DE FONDOS:
Se seleccionaran para su adquisición fondos por un importe anual de 36.000,00 € (IVA al 4% incluido) y 19.000,00 € (IVA al 21% incluido), distribuidos de la siguiente manera:
a) Biblioteca Sucursal "Chanca": 5.000,00 € (4.000,00 € fondos papel y suscripciones periódicas y 1.000,00 € otros materiales (DVD, CD, videojuegos...).
b) Biblioteca Sucursal "Los Angeles": 5.000,00 €.. (4.000,00 € fondos papel y suscripciones periódicas y 1.000,00 € otros materiales (DVD, CD, videojuegos...).
c) Biblioteca Sucursal "El Alquian": 5.000,00 €.. (4.000,00 € fondos papel y suscripciones periódicas y 1.000,00 € otros materiales (DVD, CD, videojuegos...).
d) Biblioteca Sucursal "Cabo de Gata": 5.000,00 €.. (4.000,00 € fondos papel y suscripciones periódicas y 1.000,00 € otros materiales (DVD, CD, videojuegos...).
e) Biblioteca Central "Jose Maria Artero": 35.000 € (20.000,00 € fondos papel y suscripciones periódicas y 15.000,00 € en colección digital y otros materiales como DVD, CD, juegos,...).
(…)

L) ADQUISICIÓN DE PIEZAS Y MATERIALES DE SUSTITUCIÓN PARA MANTENIMIENTO GENERAL Y EQUIPAMIENTO INFORMÁTICO:
El Área de Cultura y Educación facilitara a la Empresa adjudicataria, al comienzo de la prestación del servicio, un inventario del equipamiento informático municipal que la empresa adjudicataria tendrá a su disposición para su uso por parte del personal de dicha empresa para una buena prestación del servicio. La empresa adjudicataria deberá hacer un buen uso de este equipamiento y se responsabilizara de su cuidado y mantenimiento.(…)

M) OTRAS TAREAS:
a) Elaboración de materiales de difusión de la Red Municipal de Bibliotecas y sus servicios, de acuerdo al Plan de Marketing establecido.
b) Elaboración de memorias e informes técnicos.
c) Recogida de datos estadísticos relacionados con la actividad de la Red Municipal de Bibliotecas.
d) Control y análisis de datos estadísticos relacionados con la actividad de la Red Municipal de Bibliotecas.
e) Apoyo al mantenimiento de la política de calidad que este establecida o en el momento en que se establezca y en la mejora continua de los servicios.
f) Gestionar las solicitudes de Carne Joven y servicios de Información juvenil.
g) Coordinación de equipos de trabajo y/o grupos de mejora en el ámbito de sus tareas.
h) Sugerir compras.
i) Colaboración en la elaboración de materiales de difusión de la biblioteca y sus servicios, de acuerdo al Plan de Marketing establecido por la dirección.
j) Apertura, cierre y control de accesos de las instalaciones de las Bibliotecas sucursales. (La apertura, cierre, vigilancia y control de accesos de la Biblioteca Central "José María Artero", incluyendo las salas de estudio, quedan fuera del objeto de este contrato).
k) Mantenimiento de las pantallas o paneles digitales informativos proporcionados por los técnicos del Área de Cultura y Educación.

(…)

Considerando la naturaleza de las prestaciones antes definidas, de conformidad con el articulo 18 de la LCSP, el presente contrato se califica como un contrato administrativo mixto de servicios y suministros, ya que incluye

prestaciones correspondientes a ambos tipos de contrato. Asimismo, al encontrarnos ante un contrato mixto que comprende en parte servicios especiales del ANEXO IV, y en parte otros servicios, ademas de incluir ciertos suministros, el objeto principal sera el de servicios, por tratarse del mayor de los valores estimados.
Al encontrarnos ante un contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía y respetando lo establecido en el art. 312.f) de la LCSP, estos servicios se efectuarán en dependencias e instalaciones diferenciadas de aquellas donde ejercerá sus funciones de forma habitual el personal propio del Ayuntamiento de Almería, es decir, sótano, planta baja, planta primera y parte de la segunda planta de la Biblioteca Central "Jose Maria Artero" y las propias Bibliotecas sucursales de la Red Municipal, ocupando el personal municipal adscrito a la Sección de Bibliotecas una parte diferenciada de la segunda planta de la referida Biblioteca Central»

En el supuesto examinado, nos encontramos con que el objeto del contrato es la contratación mixta de servicios y suministros para la atención a las personas usuarias, dinamización cultural y mantenimiento de las colecciones e instalaciones de la Red de Bibiliotecas municipales del Ayuntamiento de Almería. En el informe de fecha 4 de marzo de 2022 -al que se refiere el órgano de contratación en su informe- se justifica la calificación del contrato como mixto en los siguientes términos: «*Por tanto, de conformidad con el artículo 18 de la LCSP, el presente contrato se califica como un contrato administrativo mixto de servicios y suministros, ya que incluye prestaciones correspondientes a ambos tipos de contrato. Asimismo, al encontrarnos ante un contrato mixto que comprende en parte servicios especiales del ANEXO IV, y en parte otros servicios, además de incluir ciertos suministros, el objeto principal será el de servicios (….)»*

Tal y como se ha indicado con anterioridad, en el anexo I del PCAP se aglutinan prestaciones diferentes que se fusionan en un único contrato, siendo requisito necesario, para que tal fusión sea posible en los términos del artículo 34.2 de la LCSP, que exista una vinculación material entre las prestaciones contractuales, no siendo suficiente una vinculación subjetiva en razón de la entidad contratante. A tales efectos, una lectura del PCAP o de la relación de prestaciones enumeradas en el informe técnico de fecha 4 de marzo de 2022 revela que es difícil apreciar proximidad en el objeto o la vinculación material que exige la ley, entre el mantenimiento de edificios de la Red municipal de Bibliotecas, y la prestación relativa al diseño y ejecución de programas de actividades y talleres complementarios a las funciones propias de las Bibliotecas, encaminados al fomento de la lectura y al ocio que satisfagan las necesidades de los usuarios, o la adquisición de fondos bibliográficos y la adquisición de piezas y materiales de sustitución para mantenimiento general y equipamiento informático. Asimismo, dicha vinculación objetiva también es difícil de apreciar entre las prestaciones descritas y la alfabetización informacional y la tecnología y cultura "maker". Cabe incluso atisbar que alguna de las prestaciones incluidas dentro del epígrafe «*MANTENIMIENTO DE EDIFICIOS DE LA RED MUNICIPAL DE BIBLIOTECAS»* pudieran ser constitutivas de prestaciones del contrato de obras conforme a la clasificación que el artículo 232 de la LCSP efectúa, incardinándose en el grupo b) o c) como obras de reparación simple, o de conservación y mantenimiento, respectivamente.

El órgano de contratación, en el informe al recurso, intenta justificar la aglutinación de la diversidad de prestaciones en la discrecionalidad técnica de la Administración a la hora de la definición del objeto del contrato, y en el hecho de que la posibilidad de concurrir en UTE o de acudir a la integración de la solvencia con medios externos aleja la eventual vulneración del principio de concurrencia que pudiera entrañar la configuración de la contratación mixta.

Este Tribunal estima que, si bien la Administración goza de discrecionalidad técnica a la hora de definir el objeto del contrato, ello no enerva, en el caso que nos ocupa, la conclusión alcanzada de la falta de vinculación material entre las prestaciones y la falta de complementariedad en los términos exigidos por el artículo 34.2 de la LCSP. Tampoco los pliegos ofrecen una justificación suficiente para la acumulación de todas las prestaciones en un solo

contrato, más allá -como anteriormente se ha transcrito- de constatar que la calificación de contrato mixto obedece a la inclusión de prestaciones correspondientes a distintos tipos de contratos.

Por otro lado, el órgano de contratación alega que la configuración del contrato mixto no afecta al principio de libre concurrencia y libertad de acceso a las licitaciones, ya que, de conformidad con las previsiones del pliego, los licitadores pueden acudir a las figuras de la subcontratación –prevista en el apartado 35 del Anexo I del PCAP- o a la posibilidad de constitución en unión temporal de empresas, o incluso la posibilidad prevista en el PCAP y en la LCSP, de integración de la solvencia con medios externos. Mas consideramos que dicha justificación por si misma es totalmente ajena a la justificación de la viabilidad de la contratación mixta por la vinculación o complementariedad entre las prestaciones que exige la ley.

Este Tribunal aprecia, por tanto, que no hay vinculación material o complementariedad que permita la fusión de las prestaciones en un único contrato, y en este sentido, ha de darse la razón a la entidad recurrente, ya que como señala la Resolución del Tribunal Administrativo Central antes señalada, las exigencias establecidas en el artículo 25 del TRLCSP (referencia que ha de entenderse al vigente artículo 34.2 de la LCSP) deben analizarse en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad.

El motivo, pues, debe estimarse.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre el incumplimiento de la obligación de división en lotes del objeto del contrato conforme al artículo 99.3 de la LCSP con la consecuente restricción del principio de libre concurrencia que debe presidir la licitación pública.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Concomitante con el anterior motivo, SERRAL, tras exponer en líneas generales el marco normativo europeo que respalda la regla general establecida en la LCSP de división del contrato en lotes o unidades funcionales -a fin de favorecer la participación de las PYMES en la contratación pública- alega que el elevado importe del contrato y la adjudicación de prestaciones tan dispares a un único operador económico, como propician los pliegos que impugna, vulneran los artículos 1 y 25.2 de la LCSP. Invoca, en apoyo de su tesis, que la anterior licitación quedó desierta, como una muestra de la situación originada por los pliegos restrictiva de la competencia.

A mayor abundamiento, alega que en el expediente no se concreta ni justifica de forma argumentada la no división en lotes del objeto del contrato, y que la justificación ofrecida responde a una *«cláusula tipo»* preestablecida y artificial que no se atiene a las especificidades concretas de esta licitación, siendo la argumentación esgrimida tan escueta que pudiera ser válida tanto para este contrato como para cualquier otro.

De ahí que solicite la división en lotes independientes del objeto del contrato, para facilitar la libre concurrencia y la competencia de las entidades interesadas en la licitación, permitiendo una mejor consecución de los objetivos de prestación de los servicios y mantenimiento de estos.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación se opone al motivo alegando, en primer lugar, que tanto en el informe razonado del servicio que promueve la contratación de fecha 4 de marzo de 2022 como en el apartado 6 del Anexo I del PCAP se ha justificado debidamente la no división en lotes del objeto del contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 99.3 b) de la LCSP. Aparte de entender que está debidamente justificada la no división, el órgano de

contratación considera que opera en este ámbito plenamente la discrecionalidad técnica de la Administración en la configuración del objeto contractual.

Finalmente, el informe explicita que la no división en lotes de la contratación no supone una restricción de la competencia, en primer lugar, porque, como ya indicara en los argumentos de oposición al anterior motivo, los pliegos impugnados permiten que los licitadores puedan acudir a la figura de la subcontratación, o a la posibilidad de constituirse en unión temporal de empresas, y en segundo lugar, esgrime nuevamente que no resulta admisible el argumento de que la anterior licitación quedó desierta, porque ello obedeció a motivos radicalmente distintos, en concreto, que la actual recurrente y entonces propuesta como adjudicataria no acreditara la solvencia económica y financiera exigida en los pliegos anteriores.

Por tanto, se reitera en la justificación de la no división en lotes por motivos técnicos y de coordinación y, con relación a otros procedimientos de tramitación convocados por otros poderes adjudicadores – que la recurrente trae a colación- considera que entra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica de la Administración.

3. Consideraciones del Tribunal.

Una vez expuestas las alegaciones de las partes, procede analizar si resulta justificada la no división en lotes del objeto del contrato que nos ocupa, a los efectos previstos en el artículo 99.3 de la LCSP cuyo tenor es el siguiente:

«3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.
No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.
En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:
a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conllevase el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.
b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.».

Sobre la base normativa expuesta, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la ilegalidad de pliegos que mantenían la unidad del objeto sin motivación o con motivación genérica o insuficiente (v.g. Resolución 49/2020, de 17 de febrero), aunque también se ha reconocido en otros casos la adecuada motivación de la indivisión (v.g Resoluciones 158/2020, 56/2022 y 312/2022). Así pues, la adecuada justificación de los órganos de contratación en los expedientes de contratación se erige en instrumento fundamental para determinar si una configuración del objeto que tienda a la agregación de bienes o servicios debe prevalecer o no sobre el nuevo objetivo marcado por el legislador europeo y el nacional dirigido a la promoción y mayor participación de las PYMES en la contratación pública.

De este modo se pueden extraer las siguientes conclusiones del considerando 78 y artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, así como del artículo 99.3 de la LCSP antes transcrito:

1. La obligación de dividir el contrato en lotes tiene una finalidad específica que es favorecer la concurrencia de las PYMES y tiene especial justificación cuando se licitan grandes contratos.

2. El órgano de contratación debe ser libre de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas la magnitud de cada expediente y de cada lote, en su caso.

3. En caso de que se decida no dividir en lotes, deben indicarse las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador, las cuales han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del artículo 99.3 de la LCSP, esto es, la concurrencia de las PYMES. En este sentido, es cierto que la justificación que ha de ofrecer el órgano de contratación, si bien no ha de ser necesariamente exhaustiva, sí debe ser racional y suficiente con expresión de las concretas razones que concurren en ese expediente, sin que sea admisible la mera formulación del propio precepto para considerar cumplida esta obligación.

Sentadas las premisas anteriores, en el supuesto concreto que analizamos, debe abordarse si, dentro de la discrecionalidad que posee el órgano de contratación respecto de la posibilidad de ajustar el objeto del contrato conforme a las necesidades administrativas, se ha cumplido la obligación de motivar de forma suficiente la decisión de no dividir en lotes, ya sea en la memoria justificativa o en los pliegos reguladores.

Así, la justificación de la no división en lotes del objeto del contrato se contempla, con idéntico contenido, en el informe técnico obrante en el expediente administrativo de fecha 4 de marzo de 2022 y en el apartado 1 del anexo I del PCAP, en el que se indica lo siguiente:

«Justificación de la no división lotes :
El objeto del contrato no se divide en lotes. En cumplimiento de lo establecido en el articulo 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Publico, la no división en lotes del objeto del contrato queda justificada por el hecho de que la realización independiente de las diferentes prestaciones del contrato puede dificultar la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico, ya que resulta imprescindible que durante la ejecución del contrato, el desarrollo de las distintas prestaciones que conforman el mismo y que quedan detalladas tanto en este Informe de Necesidad como en el Pliego de Prescripciones Técnicas se produzca de forma simultanea.
Asimismo, la división en lotes del objeto del contrato podría suponer un riesgo para su correcta ejecución, al resultar imprescindible la coordinación de la ejecución de las diferentes prestaciones,cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y, por tanto, su ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. En concreto, dado que el objeto del presente contrato es la atención a las personas usuarias para el acceso a los documentos, la dinamización cultural, así como el mantenimiento de la colección y las instalaciones de la Red de Bibliotecas Publicas Municipales de Almería, integrada por la Biblioteca Central Municipal y por 4 bibliotecas sucursales (La Chanca, Los Angeles, El Alquian y Cabo de Gata), la división en lotes del mismo, dificultaría, de manera evidente, la necesaria coordinación de los distintos servicios contemplados en dicho objeto».

A juicio de este Tribunal, el órgano de contratación se ha limitado al cumplimiento formal de la justificación de la no división en lotes que viene impuesta por el artículo 99.3 de la LCSP en el sentido de plasmar en los documentos contractuales y en los pliegos la no división en lotes del objeto del contrato. Sin embargo, en lugar de motivar razonadamente, lo que hace es simplemente indicar en abstracto las dificultades que incidirían en la correcta ejecución o coordinación del contrato, pero sin ningún tipo de concreción. Esto es, utiliza una fórmula

estereotipada, como de manera acertada pone de manifiesto la entidad recurrente, que reproduce prácticamente el tenor de las previsiones legales, siendo claramente insuficiente la motivación ofrecida por el órgano de contratación que no ha determinado de forma coherente y justificada las razones concretas por las que ha optado, dentro de su potestad discrecional, por no dividir el objeto del contrato en lotes, más allá de la necesidad de simultaneidad de la ejecución de las distintas prestaciones, afirmación que a priori adolece, asimismo, de desarrollo, concreción y explicación coherente y específica al objeto contractual.

No puede acogerse, por el contrario, el argumento de la recurrente que intenta escudarse en la declaración de desierta de la anterior licitación por la falta de concurrencia de licitadores y refrendar de este modo, la tesis que mantiene que anuda la falta de licitadores en el expediente anterior a la propia configuración del objeto contractual. En este caso, y sin prejuzgar este Tribunal una actuación de la recurrente contraria a sus propios actos -en la medida que fue licitadora en la anterior licitación que quedó desierta por causa imputable a ella misma- lo cierto es que, como el órgano de contratación pone de manifiesto en su informe al recurso, ello obedeció a que la entidad ahora recurrente y en aquella licitación propuesta como adjudicataria no acreditó la solvencia requerida, y en ningún caso, tuvo nada que ver la configuración del objeto contractual en los pliegos de la anterior licitación que, por otra parte, no fueron impugnados en su día por SERRAL.

En cualquier caso, y ante la falta de motivación de la no división del objeto del contrato en lotes, para este Tribunal es un hecho objetivo que, según el listado de licitadoras facilitado por el órgano de contratación, solamente se ha presentado una única licitadora, lo que, al menos es indicio de que la falta de división en lotes del objeto del contrato, unido a la configuración del contrato como mixto -aspecto éste analizado en el motivo anterior- puede haber resultado lesivo para el principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública.

En suma, y a la vista de las consideraciones expuestas, procede estimar el motivo.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre el motivo relativo a la vulneración del principio de igualdad de trato entre los licitadores por incluir el IVA en la cantidad exigida como criterio de selección para la acreditación de la solvencia técnica o profesional. Nulidad de pleno derecho por infracción de los artículos 1 y 87 de la LCSP.

1. Alegaciones de la recurrente.

SERRAL argumenta que la cláusula 2.2 del Anexo II «*CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR Y CONDICIONES DE SOLVENCIA*» del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) bajo la rúbrica *«SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL»* conculca el principio de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores al incluir el IVA en la determinación del importe anual que el empresario deberá acreditar como ejecutado durante el año de mayor ejecución del período en servicios de igual o similar naturaleza. En este sentido, arguye que la inclusión del IVA en la cifra exigida perjudica tanto a los licitadores cuyas empresas están radicadas en Canarias, Ceuta o Melilla -que no están sujetas al pago del impuesto- como a aquellos licitadores que puedan estar exentos del pago, o incluso a los que pudieran estar sujetos a un menor porcentaje del establecido en el pliego.

En apoyo de su tesis, alega que el artículo 87 de la LCSP alude claramente al concepto de valor estimado como parámetro para acreditar la solvencia, concepto que aparece especificado en el artículo 101 de la LCSP, que establece que para la determinación del valor estimado de los contratos de obras, suministros y servicios, el órgano de contratación tomará el importe total, sin inclusión del IVA.

Solicita la nulidad de esta cláusula, al objeto de evitar la discriminación que se deriva, a su juicio, de la diferente posición de los licitadores en relación con la inclusión del pago del IVA.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación se opone al primer motivo, alegando, como premisa previa, que la recurrente parte de una base errónea, ya que para la acreditación de la solvencia técnica o profesional el pliego no tiene en cuenta la cifra de negocios, por lo que, según expone de manera razonada, carece de sentido que el recurrente demande la no inclusión del IVA a efectos de la determinación del importe de la cifra de negocios puesto que dicha variable no interviene en la acreditación como solvencia técnica.

A mayor abundamiento defiende la conformidad a derecho de la solvencia técnica requerida en el pliego según lo establecido en el artículo 90 de la LCSP y la vinculación del medio elegido con el objeto del contrato y su proporcionalidad.

Finalmente, en el informe se pone de manifiesto la ausencia del perjuicio al que alude la recurrente cuando invoca que el motivo alegado ya figuraba en los pliegos del expediente C-114-2019, que –como SERRAL reconoce- no fueron impugnados en el momento procedimental oportuno, aun cuando ella participó en la referida licitación, que quedó desierta. Al respecto, el órgano de contratación invoca por un lado, la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales sobre el carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación, y por otro, hace hincapié en la perplejidad que provoca que la recurrente invoque el enorme perjuicio que le reportara idéntica solvencia técnica exigida en la anterior licitación, y que, sin embargo, no recurriera los pliegos, consintiendo tal previsión.

3. Consideraciones del Tribunal.

Con carácter previo, conviene precisar que, si bien la estimación de los dos motivos anteriores acarrea la anulación de los pliegos y de la documentación contractual, procede a continuación analizar el resto de los motivos alegados en el recurso, teniendo presente las consideraciones ya efectuadas respecto de la inviabilidad de la configuración de la contratación como mixta lo que indefectiblemente habrá de tomarse en consideración en los futuros pliegos que, en su caso, se aprueben, en orden, entre otros aspectos y cuestiones, a la determinación de los criterios de solvencia exigibles para concurrir a la licitación.

Efectivamente, la cuestión controvertida por las partes en el supuesto objeto de análisis y ya examinada por este Tribunal era precisamente que estuviésemos o no en presencia de un contrato mixto, en cuyo caso, el régimen jurídico de la preparación y adjudicación se determina de conformidad con lo que establece el artículo 18.1 a) de la LCSP, en función de cual sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros. Interesa poner de relieve asimismo, y con independencia- insistimos- de la conclusión ya alcanzada por este Tribunal respecto de la inviabilidad de la configuración mixta de la presente contratación, que en los pliegos impugnados ni siquiera se diferenciaba el valor estimado de las respectivas prestaciones (servicios y suministros) a la hora de determinar el régimen jurídico de aplicación, extremo este que por el principio de congruencia no ha sido analizado, al no haber sido puesto de manifiesto en el recurso.

Pues bien, en cualquier caso, y sin perjuicio de lo expuesto, procedemos, a continuación a analizar la cuestión planteada consistente en discernir si procede o no la inclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) al fijar la cláusula 2.2 del PCAP el criterio mínimo de selección de la solvencia técnica o profesional previsto en el artículo 90.2 último inciso de la LCSP, esto es, que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución de la

relación de los principales servicios o trabajos de igual o similar naturaleza de los que constituyen el objeto del contrato sea igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato, y en todo caso, si la inclusión de la partida correspondiente al IVA vulnera el principio de igualdad de trato del artículo 1 de la LCSP y el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 87.2 de la LCSP.

A fin de resolver la cuestión controvertida es preciso acudir a la cláusula antes mencionada que tiene el siguiente tenor literal:

«2.2.- SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL:

Medios de acreditación: 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, publico o privado de los mismos.

Requisitos mínimos:El importe anual que el empresario deberá acreditar como ejecutado durante el año de mayor ejecución del periodo citado,en servicios de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato, deberá ser igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato, es decir, a la cantidad de 521.015,38 € (IVA incluido).(el subrayado es nuestro)

Documentación acreditativa: Certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector publico; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación.

Se entiende por servicios de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato los que pertenecen al mismo subgrupo de clasificación ya que el objeto principal del contrato esta incluido en el subgrupo M5 del Anexo II del RGLCAP. Los trabajos incluido en dicho subgrupo son los siguientes:

Subgrupo M-5

(...)»

Por otra parte, en el informe técnico, obrante en el expediente remitido, de justificación, entre otros, de los criterios de solvencia exigidos en los pliegos, se establece, por lo que aquí nos interesa, lo siguiente:

«4.2 SOLVENCIA TÉCNICA (ART. 89 LCSP)

Es necesario que la empresa adjudicataria tenga una solvencia técnica comprobable, ya que los servicios solicitados en el presente contrato requieren de la disponibilidad de un número considerable de técnicos especializados y por lo tanto la empresa adjudicataria tiene que acreditar lo siguiente:

– Relación de los principales servicios efectuados en los últimos tres años del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, de los cuales el importe anual correspondiente al año de mayor ejecución deberá superar los 521.015,38 € (IVA incluido), que se corresponde con el 70% de la anualidad media del contrato, avalados por certificados de buena ejecución.

Se acreditará mediante (ambos):

** Una relación de los principales servicios de igual o similar naturaleza a los propios del objeto del contrato (con importe, fecha y destinatario, público o privado).*

** Certificados expedidos o visados por el órgano competente, si el destinatario es una entidad del sector público o certificado expedido por la entidad privada que haya sido cliente del servicio, o, a falta de aquel, una declaración del empresario acompañado de los documentos en su poder que acrediten la realización de la prestación.*

Se entiende por servicios de igual o similar naturaleza los que constituyen el objeto del contrato, los que pertenecen al mismo subgrupo de clasificación, ya que el objeto principal del contrato está incluido en el subgrupo M-5 del Anexo II del RGLCAP. Los trabajos incluidos en dicho subgrupo son los siguientes:

Subgrupo M-5

(...)»

El órgano de contratación justifica con los argumentos -que aquí damos por reproducidos- la elección del criterio de solvencia técnica con relación al objeto del contrato y defiende su proporcionalidad, y, por lo que aquí nos interesa, acude al concepto del presupuesto base de licitación del artículo 100 de la LCSP para sostener la procedencia de la inclusión del IVA argumentando que para el cálculo de la anualidad media del contrato, se ha tenido en cuenta el IVA por ser parte integrante del presupuesto base de licitación y del precio del contrato, según se desprende del artículo 102 de la LCSP.

Pues bien, este Tribunal entiende que en este punto asiste la razón a la recurrente cuando alega la procedencia de la exclusión del IVA al determinar la anualidad media del contrato por vulneración del principio de igualdad de trato respecto de otros licitadores radicados en territorios no sujetos a la tributación por el IVA. Efectivamente, consideramos que el órgano de contratación yerra cuando vincula el concepto de la anualidad media al del presupuesto del contrato, puesto que, tratándose del criterio mínimo de selección para fijar la solvencia técnica, habría que vincular dicho concepto al del valor estimado del contrato, toda vez que el propio artículo 11. 4 b) del RGLCAP, establece que el requisito mínimo será que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% del valor estimado del contrato, o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato y teniendo en cuenta que el valor estimado, conforme al artículo 101 de la LCSP tomará el importe total del contrato, sin incluir el IVA.

Esta interpretación que efectuamos resulta integradora de los preceptos de la LCSP y del Reglamento respecto de la fijación de los criterios de solvencia, cohonesta, además, con el principio de proporcionalidad y es coherente con el concepto de valor estimado del contrato, del que claramente está ausente la partida correspondiente al citado impuesto y está presente en nuestra Ley y es utilizado por el Reglamento como parámetro para fijar el criterio de solvencia.

Por otra parte, este criterio de la exclusión del IVA a la hora de fijar el criterio de selección de la solvencia técnica o profesional ha sido expresado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución n.º 104/2018 de 2 de febrero, que a su vez, invoca otra anterior la Resolución 337/2013, en la que -si bien el objeto de análisis se circunscribía a determinar si para calcular la anualidad media de los lotes a los que se licita debía incluirse el IVA- se pronunciaba en los siguientes términos:

> «P*ara determinar el importe de la anualidad media del contrato, el cálculo debe efectuarse en la forma prevista en el artículo 36.6 del RGLCAP: "6. Cuando solamente se exija la clasificación en un grupo o subgrupo, la categoría exigible será la que corresponda a la anualidad media del contrato, obtenida dividiendo su precio total por el número de meses de su plazo de ejecución y multiplicando por 12 el cociente resultante".*
>
> *Pero la referencia al "precio" no aclara si en tal concepto se incluye o no el importe del IVA. De hecho, tanto en el anexo II del PCAP (modelo de proposición económica), como en el anexo IX (importe lotes), donde se detallan las características de cada lote-ruta (nº de alumnos; km; días), se incluyen sendas columnas referidas al precio/día, sin IVA y con IVA.*
>
> *Por su parte, el TRLCSP se refiere al valor medio anual cuando se trate de contratos de duración superior al año, pero tampoco aporta elementos de juicio suficientes para determinar si en dicho valor debe incluirse o no el IVA.*
>
> *Aunque la referencia del RGLCAP al "precio total" puede dar a entender que debe incluirse el IVA, ya señalamos en la Resolución 92/2011 indicada, referida a un contrato de obras, que sin embargo, "tal conclusión no es acorde con la naturaleza de las cosas. La clasificación tiene por objeto acreditar de*

forma permanente la solvencia de los contratistas en relación con la ejecución de una determinada obra. Ello significa que, además de acreditar la económica, acredita la solvencia técnica, lo que supone que para determinar la mayor o menor envergadura de las obras y, por tanto, la necesidad de exigir una mayor o menor solvencia técnica para ejecutarlas, es absolutamente irrelevante el importe de las cargas fiscales que deban satisfacerse como consecuencia de su ejecución. Esto es aún más claro si se tiene en cuenta que, por sus propias características, el Impuesto sobre el Valor Añadido es un tributo que ni siquiera grava al contratista, sino que la obligación de pago incumbe a la Administración contratante".

Con fundamento en tales apreciaciones, consideramos que en efecto, no debe incluirse el IVA en la anualidad media del contrato, cuando se utiliza como criterio de selección de la solvencia técnica o profesional como está prevista en los pliegos impugnados, conclusión que -entendemos- es acorde con la naturaleza de las cosas, y respetuosa con el principio de concurrencia en la medida que un tributo que ni siquiera grava al contratista no debe erigirse en una traba injustificada cuando de solvencia técnica se trata.

El motivo debe estimarse.

OCTAVO. Fondo del asunto: sobre el error en la clasificación exigida en los pliegos.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

SERRAL critica que el subgrupo de clasificación que se exige, conforme a lo previsto en el *Anexo II Solvencia económica y financiera y solvencia técnica o profesional* sea el Grupo M, Subgrupo 5, Categoría 4 en lugar de la Categoría 3 (cuando la anualidad media sea igual o superior a 300.000 euros e inferior a 600.000 euros) ya que, en su opinión, la clasificación exigida debería estar en consonancia con los importes que se establecen en los pliegos para acreditar la solvencia económica financiera, por un lado, y la solvencia técnica o profesional, por otro.

Así, expone que para la acreditación de la solvencia económica- financiera, el pliego exige como requisito mínimo que el volumen de negocios mínimo anual exigido sea igual o superior al 20% del valor estimado del contrato, es decir, 371.996, 18 euros, mientras que para la acreditación de la solvencia técnica o profesional se exige que el importe anual que el empresario deberá acreditar como ejecutado, durante el año de mayor ejecución del período, en servicios de igual o similar naturaleza debe ser igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato, es decir, la cantidad de 521.015, 38 euros (IVA incluido). En su razonamiento, sostiene que, teniendo en cuenta el valor estimado del contrato (1.859.980, 89 euros) y que la duración del mismo es superior a un año, la cifra resultante para acreditar la solvencia ascendería a 929.990,44 euros, en aplicación del artículo 87.3 a) de la LCSP y sin embargo, el órgano de contratación ha estimado conveniente rebajar dicha cuantía en las cifras antes indicadas.

De lo anterior infiere que, ante la ausencia de una fórmula matemática que permita sentar un criterio de proporcionalidad entre el objeto del contrato y las condiciones de solvencia exigibles, parece ajustado que el subgrupo de clasificación exigible sea la M 5 3, en lugar de la clasificación administrativa M 5 4 que exigen los pliegos.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En el informe se solicita la desestimación del motivo, con fundamento en los artículos 77 y 87 de la LCSP; artículos 37 y 38 y Anexo II del RGLCAP, en el informe técnico de fecha 4 de marzo de 2022 y en la doctrina de los Tribunales

Administrativos de Recursos Contractuales, con fundamento, además, en los siguientes argumentos que, de manera sintética, se exponen a continuación:

1º La determinación del subgrupo de clasificación no tiene relación con la cifra de negocios. La recurrente incurre en un error al relacionar la cifra de negocios con la determinación de la clasificación que el órgano de contratación deba exigir en el contrato.

2º De conformidad con lo previsto en el artículo 37 del RGLCAP , no existe error en el subgrupo de la clasificación exigida ya que pertenecen al subgrupo M5 entre otros, los servicios de bibliotecas 92511000-6.

3º El importe del volumen de la cifra de negocios exigida como requisito mínimo de solvencia económica y financiera es ajustado a derecho, de conformidad con lo exigido en el artículo 87.1 a) de la LCSP que establece un máximo " *… el volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato…*" por lo que la rebaja o el umbral del 20% del valor estimado del contrato es perfectamente válido. Por otra parte, la invocación al artículo 87.3 a) de la LCSP no es válida ya que dicho precepto solo es de aplicación subsidiaria, cuando los pliegos no concreten los requisitos mínimos, lo que no acontece en los impugnados.

4º La categoría de la clasificación exigida es la que determina la LCSP por aplicación del artículo 38 del RGLCAP habiéndose tenido en cuenta para efectuar el cálculo de la categoría el criterio establecido en la Resolución 1187/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, incluyendo las posibles prórrogas para el cálculo de la categoría de la clasificación y no una interpretación literal del precepto antes mencionado.

3. Consideraciones del Tribunal.

Lo primero que procede indicar es que hemos de partir del planteamiento erróneo de la cuestión controvertida por parte de la recurrente que cuestiona formalmente el subgrupo de la clasificación exigida, cuando lo que verdaderamente está cuestionando es la categoría puesto que sostiene que debiera exigirse la categoría 3 (cuando la anualidad media sea igual o superior a 300.000 euros e inferior a 600.000 euros) en lugar de la categoría 4, en consonancia con los criterios de solvencia exigidos en el pliego.

Pues bien, efectuada la precisión anterior, la resolución de la cuestión controvertida exige acudir al artículo 77.1 b) de la LCSP que establece que para los contratos de servicios- que sería el régimen jurídico de aplicación al caso que nos ocupa, conforme a lo previsto en el PCAP- no será exigible la clasificación del empresario, fijándose en el anuncio de licitación y en los pliegos los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y técnica o profesional. Así dispone que, en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato, se establecerán los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional, tanto en los términos establecidos en los artículos 87 y 90 de la Ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato, según el Vocabulario común de contratos públicos aprobado por Reglamento (CE) 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002. En tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente, mediante la clasificación en el grupo, subgrupo y categoría correspondiente, o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia fijados en el pliego. Solo en el caso de que los pliegos no concretaran los requisitos de solvencia la acreditación se efectuaría conforme a los criterios, requisitos y medios establecidos en el segundo inciso del apartado 3 del artículo 87 de la LCSP.

En el supuesto que nos ocupa, la clasificación opera pues como una alternativa a la acreditación de las solvencia económica y financiera y técnica previstas en el pliego. Así, en el apartado 14 del anexo I del PCAP se establece lo siguiente:

«14.- CLASIFICACIÓN .

Clasificación posterior a la entrada en vigor del RD 773/2015.

Grupo: M Subgrupo:5 Categoria: 4

El objeto principal del presente contrato que es el de servicios por ser el de mayor valor estimado está incluido en el Anexo II del RGLCAP por lo que el licitador podrá acreditar su solvencia solvencia económica, financiera, técnica y profesional presentando el certificado de ostentar la clasificación antes indicada o mediante los medios de solvencia que se indican en el Anexo II del presente pliego».

Por otra parte, los criterios de solvencia económica financiera y técnica o profesional se concretan en el anexo II, apartado 2 del PCAP con el siguiente contenido:

«2.SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA Y TÉCNICA O PROFESIONAL

El licitador deberá acreditar su solvencia económica, financiera, técnica o profesional o por los medios de solvencia que se señalan a continuación:

2.1. - SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA:

Medios de acreditación: Volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles, en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas.

Requisitos mínimos:El volumen de negocios mínimo anual exigido deberá ser igual o superior al 20% del valor estimado del contrato, es decir: 371.996,18 €.

Documentación acreditativa:El volumen anual de negocios del licitador se acreditara, de resultar propuesto adjudicatario, por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro mercantil deberán presentar sus libros inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

Otros medios de prueba de la solvencia económica y financiera distintos de los previstos en los apartados anteriores:

No procede.

En caso de admitirse oferta integradora, requisitos de solvencia económica y financiera:

No procede.

2.2.- SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL:

Medios de acreditación: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, publico o privado de los mismos.

Requisitos mínimos:El importe anual que el empresario deberá acreditar como ejecutado durante el año de mayor ejecución del periodo citado,en servicios de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato, deberá ser igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato, es decir, a la cantidad de 521.015,38 € (IVA incluido).

Documentación acreditativa: Certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector publico; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación.

Se entiende por servicios de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato los que pertenecen al mismo subgrupo de clasificación ya que el objeto principal del contrato esta incluido en el subgrupo M5 del Anexo II del RGLCAP. Los trabajos incluido en dicho subgrupo son los siguientes:
Subgrupo M-5
CPV Denominación.
79995000-5 Servicios de gestión de bibliotecas.
79995100-6 Servicios de archivado.
79995200-7 Servicios de catalogación.
92510000-9 Servicios de bibliotecas y archivos.
92511000-6 Servicios de bibliotecas.
92512000-3 Servicios de archivos.
92521000-9 Servicios de museos.
92521100-0 Servicios de exposición en museos
Otros medios de prueba de la solvencia técnica distintos de los previstos en los apartados anteriores:
No procede.
En caso de admitirse oferta integradora, requisitos de solvencia técnica:
No procede.»

Como de manera acertada analiza el órgano de contratación en su informe, la solvencia económica financiera exigida en los pliegos es correcta conforme a lo establecido en el artículo 87.1 a) del PCAP que establece que el volumen de negocios mínimo no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato, lo que no impide, obviamente, que se haya establecido en los pliegos un 20% del valor estimado del contrato, siendo, por tanto, la tesis defendida por la recurrente más restrictiva de la concurrencia, al propender la exigencia de una cifra de volumen de negocios mayor.

Por otra parte, tampoco resulta de aplicación, como también se indica en el informe, el artículo 87. 3 a) de la LCSP que opera efectivamente con carácter supletorio para los contratos no sujetos al requisito de clasificación, cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos de solvencia, lo que no sucede en el supuesto que nos ocupa.

Finalmente, no existe error en el subgrupo de clasificación ni en la categoría exigida para cuya determinación se ha aplicado el criterio establecido en la Resolución 1187/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales teniendo en cuenta que para el cálculo de la categoría de la clasificación, se ha considerado la duración total del contrato con las posibles prórrogas previstas (dos prórrogas de un año de duración).

Por lo tanto, y atendiendo a las consideraciones expuestas, el motivo debe desestimarse.

NOVENO. Fondo del asunto: sobre la vulneración del artículo 117.8 del TRLCSP por requerir el PPT un suficiente conocimiento y manejo del sistema de gestión bibliotecaria utilizado en la Red de Bibliotecas (Absysnet).

1. Alegaciones de la recurrente.

Considera SERRAL que la exigencia del conocimiento y manejo del sistema de gestión bibliotecaria utilizado en la Red de Bibliotecas (Absysnet) establecida en el apartado «*EXPERIENCIA LABORAL »* del PPT supone una restricción indebida de la competencia en la medida que existen en el mercado otras aplicaciones de gestión bibliotecaria similares, debiendo admitirse el uso de otras aplicaciones informáticas al servicio de Administraciones Públicas

distintas de la contratante, por lo que solicita que se elimine la experiencia requerida y restringida al manejo de dicha aplicación o, al menos, se añada la mención "equivalente".

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En el informe el órgano de contratación solicita la desestimación del motivo alegando, por un lado, que la acreditación de los conocimientos del sistema informático de gestión bibliotecaria Absysnet –que figura en la cláusula cuarta del PPT- no se exige al contratista licitador, de cara a concurrir a la licitación, sino al que resulte adjudicatario, como una condición especial de ejecución, para lo cual se concede, además, un plazo de un mes desde la formalización para tal acreditación, tiempo que el órgano considera suficiente para proporcionar la formación necesaria al personal contratado.

Por otro lado, sostiene que, frente al supuesto analizado por la Resolución 900/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales invocada por la recurrente, en los pliegos impugnados, tal requisito, al constituir una condición de ejecución impuesta al contratista, y no haberse configurado como una concreción de las condiciones de solvencia del artículo 76 de la LCSP, no constituye una restricción al principio de libre concurrencia.

3. Consideraciones del Tribunal.

Con carácter previo, y antes de abordar la cuestión nuclear planteada, ha de indicarse que la recurrente alega la vulneración del artículo 117.8 del TRLCSP (norma derogada) cuyo equivalente en la vigente LCSP es el artículo 126, en concreto su apartado sexto que, respecto de las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas, establece lo siguiente: «*Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».*

Para la recurrente la exigencia del conocimiento y manejo de una determinada aplicación informática supone una restricción indebida de la competencia y por tanto, inasumible, mientras que el órgano de contratación defiende que, al no haberse configurado como una condición de solvencia, sino como una obligación esencial del contrato que habrá de asumir el adjudicatario, en su caso, no constituye una restricción en los términos que se denuncia.

A la vista de las alegaciones de las partes antes expuestas, de lo que se trata, por tanto, es de determinar la conformidad a derecho de la exigencia impuesta en los pliegos de la acreditación de los conocimientos del sistema informático de gestión bibliotecaria Absysnet que figura en la cláusula cuarta del PPT, como condición detallada de ejecución y obligación esencial del contrato.

La exigencia de una determinada experiencia en el uso de aplicaciones informáticas fue abordada por la Resolución 900/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, invocada por la recurrente que razonaba en los siguientes términos:

> *«Este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la exigencia de una experiencia en el uso de aplicaciones de software de una empresa determinada. En nuestra Resolución 179/2013 sentamos*

como doctrina general sobre tal exigencia que "como expusimos en nuestra resolución 144/2011, o más recientemente, en la 104/2013, puede entrañar una vulneración del artículo 117.8 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, además de una restricción inasumible del principio de libertad de concurrencia, rector de toda la legislación sobre contratación del sector público (artículos 1 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 2 de la Directiva 2004/18/CE). Más aún, debe recordarse, en este orden de cosas, que este Tribunal ha señalado que sólo cabe acudir a la cita de marcas para definir un producto cuando esté justificado por razón del objeto del contrato, no sea posible dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores y, en todo caso, supeditado a que se incluya la mención "o equivalente" (Resolución 116/2011), enfatizando que es una posibilidad excepcional, que debe ser interpretada de manera restrictiva, y en la que al órgano de contratación incumbe la prueba de que se dan esas circunstancias que justifican la excepción (Resolución 102/2012).

También merece la pena mencionar, en este sentido, el Informe 2/1999, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuando señala que "La cuestión de si la expresión "o equivalente" debe acompañar siempre a la mención de productos, marcas, patentes o tipos –o es posible la mención sin dicha expresión- debe ser resuelta de conformidad con el artículo 53 LCAP (…). La interpretación de este precepto conduce a la conclusión de que la excepción a las prohibiciones de que esté justificado por el objeto del contrato afecta tanto a la mención de productos de una fabricación o procedencia determinada, a la indicación de marcas, patentes o tipos y a la alusión a un origen o producción determinado, pues todos estos conceptos son prácticamente idénticos (…). Como conclusión de este apartado debe mantenerse, por tanto, que debe prescindirse de la expresión "o equivalente" en los casos que esté justificado por el objeto del contrato."

Teniendo en cuenta esta doctrina cabe concluir en primer lugar que, siendo posible en teoría proceder del modo en que lo ha hecho el INAP, estamos ante un caso excepcional, que se justifica por una peculiaridad muy concreta en el objeto del contrato a licitar, circunstancia ésta que debe ser probada por el órgano de contratación en cada caso»

En el supuesto que examinamos, el apartado 4 del PPT bajo la rúbrica «*CONDICIONES DETALLADAS DE LA EJECUCIÓN »* establece la exigencia de acreditar el conocimiento y manejo de la aplicación informática de gestión bibliotecaria utilizado en la Red de Bibliotecas (Absysnet) mediante la aportación de los correspondientes diplomas o certificados, predicándose tal requisito respecto de un determinado perfil profesional, el de técnico auxiliar de biblioteca para el que se establece, además de una determinada formación académica y una determinada experiencia laboral, la exigencia cuestionada relativa al manejo del sistema de gestión bibliotecario.

Es cierto que el requisito se configura como una condición de ejecución, y obligación esencial del contrato y que en el referido apartado se prevé que la empresa adjudicataria dispondrá de un máximo de un mes, contado a partir de la formalización del contrato, para la acreditación de las titulaciones, experiencia laboral y conocimientos exigidos. Ahora bien, con independencia de que, tal y como está configurado en los pliegos impugnados, el requisito controvertido pudiera constituir más una condición de solvencia del licitador que propiamente una condición de ejecución u obligación esencial- cuestión ésta que no es el objeto concreto de nuestro análisis- lo cierto es que en cualquier caso, y a fin de resolver la cuestión que se nos plantea, habrá que discernir, siguiendo la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales si es admisible la exigencia de una determinada marca o prescripción técnica, sin mención deliberada a la posibilidad de admitir

un equivalente, lo que obliga a a analizar esta cuestión de modo casuístico, a fin de determinar si la particular relación con el objeto del contrato justificaría, en el caso que nos ocupa, el proceder del órgano de contratación.

Desde esta perspectiva, atendiendo a los pliegos y restante documentación contractual, este Tribunal no considera justificada en el expediente la elección de la exigencia del conocimiento y manejo de la aplicación informática que requiere la clausula 4 del PPT frente a otras aplicaciones que, como indica el recurrente, pudieran existir en el mercado. Tampoco, y aun cuando no cabría dicha justificación *a posteriori,* encontramos explicación alguna en el informe del órgano al recurso, en el que se limita a escudarse en que no se trata de una condición de solvencia sino que es una condición de ejecución, y que se confiere un plazo de un mes para su acreditación al adjudicatario, manifestando que considera que es un "tiempo suficiente" para proporcionar la formación necesaria al personal contratado, respecto de la herramienta informática.

Tal razonamiento no es motivación suficiente, a juicio de este Tribunal, para justificar el porqué se necesitaba el conocimiento y manejo exclusivamente de una aplicación informática concreta, y por tanto, a falta de dicha motivación, concluimos que no se ha justificado la exigencia específica requerida en el manejo de la aplicación (Absysnet) si podían existir en el mercado otras de manejo equivalente o muy próximo. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de que , como sucede en el supuesto que nos ocupa, el requisito no se establezca para el proceso de selección del licitador sino en la fase de ejecución del contrato, puesto que, en cualquier caso, se están exigiendo requerimientos técnicos que hacen mención a una marca determinada, posibilidad excepcional a la que sólo cabe acudir cuando esté justificado por razón del objeto del contrato.

El motivo, por tanto, debe prosperar y en consecuencia, debe estimarse.

DÉCIMO. Fondo del asunto: sobre la ilegal cesión de trabajadores prevista en el PCAP.

1. Alegaciones de la recurrente.

En el recurso se alega que el objeto del contrato se limita a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa que resulte adjudicataria, aduciendo que los trabajadores de la futura adjudicataria van a coexistir en tiempo y espacio en la prestación con el personal propio del Ayuntamiento de Almería, y que, al tratarse de una necesidad permanente de personal de un servicio esencial, y por tanto, que los pliegos incurren en una cesión ilegal de trabajadores que vulnera lo dispuesto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, al ser coincidentes las funciones del personal bibliotecario descritas en el pliego, tanto para el personal al servicio del Ayuntamiento como para el personal de la futura contratista.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano de contratación refuta tal alegación manifestando que el objeto del contrato no se limita a la mera aportación de personal sino que la empresa debe asumir y efectuar las tareas relacionadas en el apartado 1 del anexo 1 del PCAP, esto es una gestión integral de la red de bibliotecas, elaborando un plan de acción, el diseño y ejecución de programas y talleres, acciones diversas de marketing, análisis y evaluación de resultados, adquisición de fondos bibliográficos o mantenimiento de edificios, es decir, lo que se requiere es que la contratista ponga su organización empresarial, su "saber hacer" al servicio de la ejecución del contrato, lo que excede claramente de la mera contratación o puesta a disposición de personal.

Por otro lado, argumenta que la Administración no interviene en la organización y dirección del trabajo, y no da órdenes a los empleados de la contratista, como se desprende del mencionado apartado del anexo 1 del PCAP. Por ello, con fundamento en la doctrina del Tribunal Supremo y jurisprudencia menor que invoca, concluye que no concurren las circunstancias que establece el artículo 43.2 del ET para entender que se incurre en cesión ilegal de trabajadores: a saber, que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limiten a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente, o que la empresa cedente carezca de una actividad u organización propia y estable o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Finalmente, insiste en que la aportación de medios técnicos por parte de la Administración (como pudiera ser espacios físicos, dependencias, o material informático) no implica cesión ilegal de trabajadores, como se desprende de la STS 4242/2019 que trae a colación. Asimismo, pone de relieve que en el PPT que se cuestiona quedan claramente diferenciadas las funciones a desarrollar por el personal adscrito a la ejecución del contrato, de las que le corresponden al personal del Ayuntamiento desarrollándose incluso en espacios físicos diferenciados.

3. Consideraciones del Tribunal.

Procede analizar, a la vista de lo expuesto, la alegada existencia de cesión ilegal de trabajadores a la que según la recurrente aboca la configuración de determinadas previsiones de los pliegos impugnados, motivo que no es suficientemente desarrollado, limitándose únicamente a señalar dos aspectos concretos en los que basa su pretensión: por un lado, la“ coexistencia en tiempo y espacio” de trabajadores de la empresa adjudicataria con el personal propio del Ayuntamiento y por otro, la puesta a disposición por el Área de Cultura y Educación de un inventario del equipamiento informático municipal que la empresa adjudicataria tendrá a su disposición para su uso por parte del personal de la empresa. Asimismo, enlaza la insuficiencia de medios obrante en la memoria justificativa del expediente emitida al amparo del artículo 116.4 de la LCSP con la confusión que pretende atisbar de funciones entre el personal al servicio de la empresa del personal al servicio del Ayuntamiento.

Pues bien, no es posible dejar de examinar una alegación de cesión ilegal como la planteada por la recurrente. Obviamente, ello no implica arrogarnos funciones propias de la Jurisdicción social, que sigue siendo la única competente para verificar si, en la ejecución del contrato, se ha producido un tráfico ilícito de mano de obra; lo único que atañe a este Tribunal es verificar si las concretas cláusulas de un pliego, en la forma en que estén redactadas y en la medida en que no puedan salvarse mediante una interpretación razonable, dan lugar a una cesión ilegal de trabajadores. Si ello es así, se impondrá su anulación, puesto que no es admisible que se licite un contrato de los sujetos a la legislación de contratos públicos de modo que dé lugar a una vulneración del ordenamiento jurídico laboral.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 306/2017, después de analizar la competencia del Tribunal para conocer de la alegada cesión ilegal de trabajadores respecto de los pliegos impugnados, razonaba lo siguiente:

> *«A este respecto, hemos de recordar que en nuestro Ordenamiento la cesión de trabajadores solo puede realizarse a través de una empresa de trabajo temporal (artículo 43.1 del Texto Refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; en adelante, ET); el instrumento para ello es el contrato de puesta a disposición, por medio del cual la de trabajo temporal cede a la usuaria un trabajador para que preste servicios en ella, quedando bajo el poder de dirección de la misma (cfr.: artículo 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan*

las empresas de trabajo temporal). Al margen de este cauce, la cesión es ilícita y, entre otras consecuencias, constituye una infracción muy grave en materia de relaciones laborales (cfr.: artículo 8.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto –en adelante, TRLISS-), incluso cuando se produce desde una empresa de trabajo temporal a otra de la misma clase (cfr.: artículo 18.3 TRLISS).

El artículo 43.2 ET, sintetizando la jurisprudencia sobre el particular, indica cuándo se entiende producida una cesión ilegal de trabajadores: "que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario." Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 11 de febrero de 2016 (Roj STS 1041/2016), recapitulando la jurisprudencia sobre la materia, caracteriza de este modo la cesión ilegal de trabajadores: <<2.- La contestación a tal denuncia ha de partir del propio concepto de cesión ilegal, no definida en el art. 43 ET, pero que la doctrina de la Sala caracteriza afirmado que el fenómeno interpositorio supone tres negocios jurídicos coordinados: 1º) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal [SSTS 21/03/97 -rcud 3211/96 -; ... 15/02/11 rcud 2123/10 -; y 21/02/11 -rcud 1645/19 -].>>

Examinadas las cláusulas transcritas, no compartimos la postura de la recurrente, quien, como se ha indicado, sostiene que el control que "Correos y Telégrafos, S.A." se reserva de la ejecución de la prestación, incluida la fijación de horarios, la exclusividad exigida y, en fin, la imposición de una determinada imagen corporativa supone una verdadera cesión ilegal de trabajadores. A juicio de este Tribunal, esta configuración de la prestación que se pretende contratar en nada implica una trata de mano de obra prohibida por la legislación vigente: ni el objeto del contrato consiste en la mera puesta disposición de los trabajadores ni el contratista seleccionado perderá sus atribuciones de organización y mando sobre su plantilla. Sus trabajadores podrán ser destinados a una u otra actividad dentro de su empresa, sin que la entidad adjudicadora tenga que decir nada al respecto, pues, como bien señala el órgano de contratación en su informe, la exclusividad que se exige es la de los vehículos afectos a la prestación, no la de los conductores. Esta última obligación –la dedicación exclusiva de medios materiales- puede resultar más o menos llamativa, pero desde luego no constituye una cesión de mano de obra, porque, como se ha dicho, no hay una simple puesta a disposición de los trabajadores de una empresa a otra (….)»

Si examinamos el clausulado del PCAP y en concreto, aquellas clausulas que el órgano de contratación enumera en su informe, se colige que los derechos y obligaciones que se establecen en el PCAP por sí solos no suponen una cesión ilegal de los trabajadores de la adjudicataria a favor del Ayuntamiento pues no se infiere que se convierta en el empleador real de tales empleados ni, por lo mismo, que la contratista pase a ser un mero empresario formal, sin poder sobre los mismos.

Cuestión distinta será lo que pueda suceder, más allá de la abstracta consideración de las cláusulas del pliego, en la aplicación real que se dé a las mismas en el desenvolvimiento del contrato, escenario futuro sobre el que no podemos pronunciarnos.

Procede, por ello, la desestimación del motivo, sin perjuicio de una eventual contienda ante los órganos de la jurisdicción social por cesión ilegal de trabajadores.

UNDÉCIMO. Fondo del asunto: sobre los errores materiales de que adolecen los pliegos.

1. Alegaciones de la recurrente.

En el recurso se alega que en determinadas cláusulas, tanto del PPT como del PCAP, al referirse a los costes indirectos se aplica un porcentaje del 2% y en otras se contempla un porcentaje del 5%. Asimismo, se pone de manifiesto que las horas anuales de prestación del servicio no son coincidentes con los costes especificados en la prestación de las mismas.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En el informe se reconoce el error material padecido en los pliegos, en concreto en el apartado 7.2 del informe de necesidad así como en la clausula 9 del PCAP, con fundamento en el informe del Jefe de Sección de Bibliotecas conformado por el Jefe de Cultura y Educación de la Delegación de Área de Cultura y Educación de fecha 14 de junio de 2022, indicando que efectivamente el tanto por ciento debe ser el del 2% y no el del 5% que figura en el desglose de anualidades.

El error afecta a la suma parcial referida al coste anual para los servicios de bibliotecario y mediador de Sistemas tecnológicos que debería ser 341.375, 98 euros (IVA excluido) y 413.0643, 94 euros (IVA incluido) y no 351.979,05 euros (IVA excluido) y 425.894, 65 euros (IVA incluido) tal y como consta en la página 16 del informe de necesidad y en la página 78 del PCAP.

En cualquier caso, se indica que el error carece de relevancia porque no afecta al coste total de los servicios de atención al público que asciende a un total de 469.179, 90 euros y aparece reflejado correctamente en toda la documentación del expediente, ni afecta a los criterios de adjudicación del contrato.

Respecto de la falta de coincidencia de las horas anuales con los costes especificados, en el referido informe de fecha 14 de junio de 2022 se asume la existencia de una errata irrelevante en la transcripción de la suma parcial pero que no ha afectado al cómputo global, indicándose que están bien determinadas tanto el número de horas por categoría como el coste por hora correspondiente a cada categoría:

-1.965 horas de coordinador x 19,17 euros (IVA excluido)= 37.669,05 euros.
- 20.702 horas bibliotecario y mediador de sistemas x 16,49 euros= 341.375, 98 euros.
- 5.676 horas técnico auxiliar x 15,88 euros= 90.134,88 euros.
-Total coste servicio atención al público= 469.179, 90 euros.

3. Consideraciones del Tribunal.

En la medida que el propio órgano de contratación reconoce el error padecido, y puesto de manifiesto por la recurrente, el motivo ha de estimarse lo que habrá de corregirse en los futuros pliegos que, en su caso, se aprueben.

A la vista de las consideraciones expuestas, en los anteriores fundamentos de derecho, procede la estimación parcial del recurso.

DUODÉCIMO. Efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho quinto a undécimo de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el anuncio de licitación y los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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 **SERRAL ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE ARCHIVOS Y BIBLIOTECAS, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato mixto denominado «Suministro y servicios para la atención a las personas usuarias para el acceso a los documentos, la dinamización cultural así como el mantenimiento de la colección e instalaciones de la Red de Bibliotecas Públicas Municipales del Excmo. Ayuntamiento de Almería» (Exp. Núm. C-19/2022) promovido por el referido Ayuntamiento, y, en consecuencia, anular el anuncio de licitación y los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho duodécimo de esta resolución.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 10 de junio de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.