

Recurso nº 133/2018**Resolución nº 122/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 5 de decembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. E.T.M. actuando en nome e representación da ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS contra o anuncio de licitación e o prego de cláusulas administrativas particulares que rexe o contrato mixto de subministración, instalación e montaxe dos elementos descritos no proxecto de mellora de eficiencia enerxética da iluminación pública en Milladoiro, tramitado polo Concello de Ames, expediente 2018/C004/000005, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello de Ames convocouse a licitación do contrato mixto de subministración, instalación e montaxe dos elementos descritos no proxecto de mellora de eficiencia enerxética da iluminación pública en Milladoiro, cun valor estimado declarado de 324.329,10 euros.

Tal licitación foi anunciada na Plataforma de Contratos do Sector Público o día 03.11.2018, con publicación dos pregos o día 05.11.2018.

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

Terceiro.- O recorrente cuestiona o réxime xurídico deste contrato mixto, en canto á prestación a entender principal, así como o criterio imposto de solvencia técnica.

Cuarto.- O día 26.11.2018 a ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web do TACGal.

Quinto.- Con data 27.11.2018 reclamouse ao Concello de Ames o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 LCSP. A documentación foi recibida neste Tribunal o día 30.11.2018.

Sexto.- Á data da remisión do expediente, o Concello informa da inexistencia de licitadores, polo que non procedeu dar o trámite de audiencia do artigo 56.3 LCSP.

Sétimo.- O 30.11.2018 este Tribunal adoptou a medida cautelar de suspensión do procedemento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

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

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

Terceiro.- O recurso preséntase en nome dunha asociación de empresarios e diríxese contra os pregos da licitación por entender que os mesmos restrinxen indebidamente a competencia. Polo tanto, visto o concreto contido do recurso e segundo o disposto no art. 48 da LCSP e 24.1 do RD 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de

decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, cabe apreciar lexitimación no recorrente.

Cuarto.- En base ás datas indicadas anteriormente, o recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Segundo a configuración da licitación, impúgnase un contrato de subministración por importe superior a 100.000 euros, polo que o recurso sería admisible nese aspecto.

Sexto.- A ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS fundamenta a súa impugnación na indebida cualificación do réxime xurídico do contrato, que se configura como subministración cando a prestación principal é a execución de obra.

E, en segundo lugar, solicita a anulación do criterio de solvencia técnica por vulneración dos principios de libre acceso e non discriminación, ao fixar a necesidade de acreditar traballos nos últimos tres anos por importe de 1.533.518,20 cando o valor estimado da licitación é unicamente de 324.329,10 euros.

Sétimo.- A efectos do informe do órgano de contratación do artigo 56.2 LCSP, a Xunta de Goberno Local en sesión de 29.11.2018 acolle o informe da Secretaria municipal, que transcribe, e onde se recollen as seguintes posturas: a) considera que a prestación principal é a de subministración e b) recoñece un erro no importe esixido para a solvencia técnica ou profesional.

Oitavo.- Comezando co primeiro dos debates trasladados, debemos analizar, neste contrato mixto, cal é a prestación principal a efectos do réxime xurídico aplicable. O órgano de contratación entende que a de subministración, o recorrente que a de obras.

O marco normativo deste debate está no artigo 18 LCSP:

“Para determinar as normas que rexerán a adxudicación dos contratos mixtos cuxo obxecto conteña prestacións de varios contratos regulados nesta lei, observaranse as seguintes regras:

a) Cando un contrato mixto comprenda prestacións propias de dous ou máis contratos de obras, subministracións ou servizos, atenderase ao carácter da prestación principal.

No caso dos contratos mixtos que comprendan en parte servizos especiais do anexo IV, e en parte outros servizos, ou no caso dos contratos mixtos compostos en parte por servizos e en parte por subministracións, o obxecto principal determinarase en función de cal sexa o maior dos valores estimados dos respectivos servizos ou subministracións.”

Neste sentido, observamos que o lexislador de 2017 acolleu a doutrina dimanante do TXUE ao respecto. Así, este considerou que cando existían prestacións de obras, o criterio non podía ser exclusivamente e automaticamente o valor das prestacións, o chamado *value test*, senón cal é a principal (Sentenzas TXUE de 21 de febreiro de 2008, C-412/04; 6 de maio de 2010, C.145/08; ou 26 de maio de 2011, C-306/08). Dado que este criterio foi acollido normativamente, non é necesario estendernos nesta explicación.

Agora ben, dito isto, e como ben recolle a Resolución 410/2015 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, o anterior non significa que o valor das prestacións sexa un dato directamente irrelevante, senón que, como aí se expresa, a xurisprudencia europea citada *“se ha limitado a excluir que haya de ser el único elemento que deba ser considerado”*.

Pois ben, o que resulta do caso é que, como se recolle no proxecto técnico desta actuación, o fin é *“a substitución de elementos existentes por outros de maior eficiencia”* en canto á iluminación pública en determinadas zonas. Concretamente describe: *“As actuacións proxectadas buscan conseguir un aforro enerxético mediante a substitución dos equipos actuais (fundamentalmente de Vapor de Sodio) por luminarias LED de altas prestacións con sistemas de xestión precisos y autónomos. Cando sexa necesario procederase tamén a substitución do báculo da luminaria e a mellora do cadro de control, sempre de acordo á normativa vixente”* (nos mesmos termos a Memoria xustificativa).

A maiores observamos que os criterios de adxudicación, máis aló da oferta económica, pivotan, non sobre a obra en si, senón sobre, precisamente, as luminarias (prazo de garantía do equipo de luminaria e driver, rendemento da luminaria e vida útil destas). Isto é, sobre o produto a subministrar en definitiva, o que denota que este é o elemento central da actuación.

Pero, a maiores, fronte as alegacións de carácter xenérico do recurso para xustificar a súa postura, o informe do órgano de contratación aporta razoamentos de



sustento do criterio do Concello, en virtude do cal este TACGal considera que non existen argumentos para revogar a decisión municipal sobre este punto:

“En relación á primeira alegación, o contrato ten por obxecto o subministro, instalación e montaxe dos elementos descritos no proxecto de mellora de eficiencia enerxética da iluminación pública no Milladoiro redactado polo estudio ELA Enxeñería e Medio Ambiente, concretamente pola enxeñeira industrial colexiada ICOIIG 2.066, aprobado en sesión plenaria de 23 de febreiro de 2017, obra incluída no POS 2017.

O proxecto opera neste expediente como prego de prelacións técnicas e define as características dos bens a subministrar (luminarias, cadros de mando, proxectores, columnas, etc).

Como xa se expuso no informe de procedemento da Secretaría Municipal o contrato comprende prestacións de distinta clase pero optouse por aplicar as normas do contrato de subministro por ser o que conforma a prestación principal e como argumento desta afirmación podese acudir os prezos descompostos do proxecto.

En efecto, non se tiveron en conta as pequenas obras civís a realizar con ocasión das prestacións recollidas no proxecto porque as mesmas teñen un carácter claramente accesorio e secundario do obxecto principal do contrato que é o subministro e traballos de substitución de luminarias na localidade do Milladoiro.

O capítulo VII do proxecto rubricado “outras actuacións” comprende o soterramento de tres liñas eléctricas de iluminación ascendendo esta partida tan só a 4.125,00 euros en importe de execución material e sendo esta a única obra civil que se recolle como tal no proxecto. Esta contía é insignificante dentro do importe total de execución material do proxecto que ascende a 247.821,32 euros, o que ven a significar o 1,66%. A propia denominación do capítulo como outras actuacións, evidencia o seu carácter accesorio da prestación principal.

O proxecto comprende basicamente actuacións consistentes na substitución de unhas columnas e luminarias por outras máis eficientes enerxéticamente; así, na memoria do proxecto, páxina 19, apartado 6.5 rubricado acometida, establece que absolutamente todas as instalacións existentes serán reutilizadas: canalizacións, cadros de mando (con melloras) e mangueras de cable. Se atendemos ós descompostos do proxecto, a man de obra é totalmente accesorio e secundaria consistindo unicamente na instalación dos produtos subministrados.

Polo tanto, as actuacións de execución de obra neste proxecto teñen un carácter accesorio, secundario e subordinado á prestación principal que é o



subministro e representan unha contía insignificante en relación ó orzamento total. En todo caso, a propia LCSP establece que se o contrato comprende diferentes prestacións acudirase, para determinar o réxime xurídico, a prestación principal; no presente expediente a prestación principal é o subministro.

Aínda existindo un erro na calificación do expediente (o cal négase) non foi vulnerada a concorrência ó ser o procedemento aplicado o aberto que permite a presentación de calquera licitador, sendo o aberto o procedemento ó que a lexislación dálle preferencia por ser o que favorece a máxima concorrência, non xenera discriminación e favorecendo o interese público.”

Noveno.- Pola contra, si acollemos a pretensión de anulación do criterio de solvencia técnica exercitada no recurso, e, con isto, a revogación da cláusula 11 e Anexo III do PCAP, coas demais consecuencias que por isto procedan en dereito.

A cláusula 11, recollía:

“Podrán optar a la adjudicación del presente contrato las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, a título individual o en unión temporal de empresarios, que tengan plena capacidad de obrar, que no estén incursas en alguna prohibición de contratar y que acrediten su solvencia económica o financiera y técnica o profesional, o se encuentren debidamente clasificadas, de conformidad con lo establecido en el Anexo III del presente pliego...”

E o Anexo III:

“a) Relación de los principales suministros o trabajos realizados en los últimos tres años del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, avalados por certificados de buena ejecución.

Criterios:

ANUALIDAD MEDIA 70% :2.190.740,40 €

ANUALIDAD MEDIA:1.533.518,20 €”

O informe do órgano de contratación (acordo da Xunta de Goberno Local que asume o informe da Secretaría municipal) ofrece unha axeitada explicación da inviabilidade deste apartado, polo que non é necesario alongar máis aló esta Resolución:

“En relación á segunda alegación cumpre dicir que, efectivamente, existe un erro no importe esixido para a xustificación da solvencia técnica ou profesional xa que



foi esixido un importe de 1.533.518,20 euros que é excesivo para un subministro cuxo valor estimado é de 324.398,10 euros.

O artigo 11 RXLCAP establece a forma de acreditar a solvencia técnica nos contratos non suxeitos á clasificación e non exentos de acreditar a solvencia técnica cando os pregos non concretan os criterios e requisitos mínimos para a súa acreditación.

Se ben o contrato que nos ocupa é un contrato de subministro (non precisa clasificación) e non está exento de acreditar a solvencia técnica (non é inferior a 35.000 euros) o certo é que a solvencia técnica soamente tería que acreditarse polos requisitos mínimos do artigo 11 do regulamento se os pregos non establecen outros criterios e requisitos de solvencia técnica.

Pero esta argumentación non pode levar a que a esixencia de solvencia técnica nos pregos (1.533.518,20 euros) sexa tan superior á esixida como mínima no regulamento (227.078,67 euros), resultando esta última de calcular o 70% do valor estimado do contrato.

A esixencia prevista no prego pode ser restrictiva da competencia, especialmente para as pequenas e medianas empresas, polo que se considera oportuna modificar este extremo é esixir como solvencia técnica a propia do regulamento: experiencia na realización de subministros do mesmo tipo ou natureza á que corresponde ó obxecto do contrato que se acreditará mediante a relación dos subministros efectuados polo interesado no curso dos últimos cinco anos, correspondentes ó mesmo tipo ou natureza á que corresponda o obxecto do contrato, avalados por certificados de boa execución e o requisito mínimo será que o importe anual acumulado no ano de maior execución será igual ou superior ó 70% do valor estimado do contrato. A efectos de determinar a correspondencia entre os subministros acreditados e os que constitúen o obxecto do contrato, cando exista clasificación aplicable a este último atenderase o grupo e subgrupo de clasificación e, nos demais casos, a coincidencia entre os dous primeiros díxitos dos seus respectivos códigos CPV.”

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

1. **Estimar en parte** o recurso interposto por ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS contra o anuncio de licitación e o prego de cláusulas

administrativas particulares que rexe o contrato mixto de subministración, instalación e montaxe dos elementos descritos no proxecto de mellora de eficiencia enerxética da iluminación pública en Milladoiro, tramitado polo Concello de Ames, decretando a nulidade da cláusula 11 e Anexo III do PCAP, no referente á solvencia técnica, con desestimación do demais.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

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

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.