

Recurso nº 133/2018

Resolución nº 122/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.^a E.T.M. actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato mixto de suministro, instalación y montaje de los elementos descritos en el proyecto de mejora de eficiencia energética de la iluminación pública en Milladoiro, tramitado por el Ayuntamiento de Ames, expediente 2018/C004/000005, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Ayuntamiento de Ames se convocó la licitación del contrato mixto de suministro, instalación y montaje de los elementos descritos en el proyecto de mejora de eficiencia energética de la iluminación pública en Milladoiro, con un valor estimado declarado de 324.329,10 euros.

Tal licitación fue anunciada en la Plataforma de Contratos del Sector Público el día 03.11.2018, con publicación de los pliegos el día 05.11.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP).

Tercero.- El recurrente cuestiona el régimen jurídico de este contrato mixto, en cuanto a la prestación a entender principal, así como el criterio impuesto de solvencia técnica.

Cuarto.- El día 26.11.2018 la ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

Quinto.- Con fecha 27.11.2018 se reclamó al Ayuntamiento de Ames el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 LCSP. La documentación fue recibida en este Tribunal el día 30.11.2018.

Sexto.- A la fecha de la remisión del expediente, el Ayuntamiento informa de la inexistencia de licitadores, por lo que no procedió dar el trámite de audiencia del artículo 56.3 LCSP.

Séptimo.- El 30.11.2018 este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- El presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- El recurso se presenta en nombre de una asociación de empresarios y se dirige contra los pliegos de la licitación por entender que los mismos restringen indebidamente la competencia. Por lo tanto, visto el concreto contenido del recurso y

según lo dispuesto en el art. 48 de la LCSP y 24.1 del RD 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cabe apreciar legitimación en el recurrente.

Cuarto.- En base a las fechas indicadas anteriormente, el recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Según la configuración de la licitación, se impugna un contrato de suministro por importe superior a 100.000 euros, por lo que el recurso sería admisible en ese aspecto.

Sexto.- La ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS fundamenta su impugnación en la indebida calificación del régimen jurídico del contrato, que se configura como suministro cuando la prestación principal es la ejecución de obra.

Y, en segundo lugar, solicita la anulación del criterio de solvencia técnica por vulneración de los principios de libre acceso y no discriminación, al fijar la necesidad de acreditar trabajos en los últimos tres años por importe de 1.533.518,20 cuando el valor estimado de la licitación es únicamente de 324.329,10 euros.

Séptimo.- A efectos del informe del órgano de contratación del artículo 56.2 LCSP, la Junta de Gobierno Local en sesión de 29.11.2018 acoge el informe de la Secretaria municipal, que transcribe, y donde se recogen las siguientes posturas: a) considera que la prestación principal es la de suministro y b) reconoce un error en el importe exigido para la solvencia técnica o profesional.

Octavo.- Comenzando con el primero de los debates trasladados, debemos analizar, en este contrato mixto, cuál es la prestación principal a efectos del régimen jurídico aplicable. El órgano de contratación entiende que la de suministro, el recurrente que la de obras.

El marco normativo de este debate está en el artículo 18 LCSP:

“Para determinar las normas que regirán la adjudicación de los contratos mixtos cuyo objeto contenga prestaciones de varios contratos regulados en esta ley, se observarán las siguientes reglas:

a) *Cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios, se atenderá al carácter de la prestación principal.*

En el caso de los contratos mixtos que comprendan en parte servicios especiales del anexo IV, y en parte otros servicios, o en el caso de los contratos mixtos compuestos en parte por servicios y en parte por suministros, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros.”

En este sentido, observamos que el legislador de 2017 acogió la doctrina dimanante del TJUE al respecto. Así, este consideró que cuando existían prestaciones de obras, el criterio no podía ser exclusivamente y automáticamente el valor de las prestaciones, el llamado *value test*, sino cuál es la principal (Sentencias TJUE de 21 de febrero de 2008, C-412/04; 6 de mayo de 2010, C.145/08; o 26 de mayo de 2011, C-306/08). Dado que este criterio fue acogido normativamente, no es necesario extendernos en esta explicación.

Ahora bien, dicho esto, y como bien recoge la Resolución 410/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, lo anterior no significa que el valor de las prestaciones sea un dato directamente irrelevante, sino que, como ahí se expresa, la jurisprudencia europea citada *“se ha limitado a excluir que haya de ser el único elemento que deba ser considerado”*.

Pues bien, lo que resulta del caso es que, como se recoge en el proyecto técnico de esta actuación, el fin es *“el relevo de elementos existentes por otros de mayor eficiencia”* en cuanto a la iluminación pública en determinadas zonas. Concretamente describe: *“Las actuaciones proyectadas buscan conseguir un ahorro energético mediante el relevo de los equipos actuales (fundamentalmente de Vapor de Sodio) por luminarias LED de altas prestaciones con sistemas de gestión precisos y autónomos. Cuando sea necesario se procederá también a la sustitución del báculo de la luminaria y la mejora del cuadro de control, siempre de acuerdo a la normativa vigente”* (en los mismos términos la Memoria justificativa).

Además observamos que los criterios de adjudicación, más allá de la oferta económica, pivotan, no sobre la obra en sí, sino sobre, precisamente, las luminarias (plazo de garantía del equipo de luminaria y driver, rendimiento de la luminaria y vida útil de esta). Esto es, sobre el producto a suministrar en definitiva, lo que denota que este es el elemento central de la actuación.

Pero, además, frente a las alegaciones de carácter genérico del recurso para justificar su postura, el informe del órgano de contratación aporta razonamientos para sostener el criterio del Ayuntamiento, en virtud de lo cual este TACGal considera que no existen argumentos para revocar la decisión municipal sobre este punto:

“En relación a la primera alegación, el contrato tiene por objeto el suministro, instalación y montaje de los elementos descritos en el proyecto de mejora de eficiencia energética de la iluminación pública en el Milladoiro redactado por el estudio ELA Ingeniería y Medio Ambiente, concretamente por la ingeniera industrial colegiada ICOIIG 2.066, aprobado en sesión plenaria de 23 de febrero de 2017, obra incluida en el POS 2017.

El proyecto opera en este expediente como pliego de prescripciones técnicas y define las características de los bienes a suministrar (luminarias, cuadros de mando, proyectores, columnas, etc).

Como ya se expuso en el informe de procedimiento de la Secretaría Municipal el contrato comprende prestaciones de distinta clase pero se optó por aplicar las normas del contrato de suministro por ser el que conforma la prestación principal y como argumento de esta afirmación se puede acudir a los precios descompuestos del proyecto.

En efecto, no se tuvieron en cuenta las pequeñas obras civiles a realizar con ocasión de las prestaciones recogidas en el proyecto porque las mismas tienen un carácter claramente accesorio y secundario del objeto principal del contrato que es el suministro y trabajos de sustitución de luminarias en la localidad del Milladoiro.

El capítulo VII del proyecto rubricado “otras actuaciones” comprende el soterramiento de tres líneas eléctricas de iluminación ascendiendo esta partida tan sólo a 4.125,00 euros en importe de ejecución material y siendo esta la única obra civil que se recoge como tal en el proyecto. Esta cuantía es insignificante dentro del importe total de ejecución material del proyecto que asciende a 247.821,32 euros, lo que viene a significar el 1,66%. La propia denominación del capítulo como otras actuaciones, evidencia su carácter accesorio de la prestación principal.

El proyecto comprende básicamente actuaciones consistentes en la sustitución de unas columnas y luminarias por otras más eficientes energéticamente; así, en la memoria del proyecto, pagina 19, apartado 6.5 rubricado acometida, se establece que absolutamente todas las instalaciones existentes serán reutilizadas: canalizaciones, cuadros de mando (con mejoras) y mangueras de cable. Si atendemos a los

descompuestos del proyecto, la mano de obra es totalmente accesoria y secundaria consistiendo únicamente en la instalación de los productos suministrados.

Por lo tanto, las actuaciones de ejecución de obra en este proyecto tienen un carácter accesorio, secundario y subordinado a la prestación principal que es el suministro y representan una cuantía insignificante en relación al presupuesto total. En todo caso, la propia LCSP establece que si el contrato comprende diferentes prestaciones se acudirá, para determinar el régimen jurídico, a la prestación principal; en el presente expediente la prestación principal es el suministro.

Aun existiendo un error en la calificación del expediente (lo cual se niega) no fue vulnerada la concurrencia al ser el procedimiento aplicado el abierto que permite la presentación de cualquiera licitador, siendo el abierto el procedimiento al que la legislación le da preferencia por ser el que favorece la máxima concurrencia, no genera discriminación y favorece el interés público.”

Noveno.- Por el contrario, si acogemos la pretensión de anulación del criterio de solvencia técnica ejercitada en el recurso, y, con esto, la revocación de la cláusula 11 y Anexo III del PCAP, con las demás consecuencias que por esto procedan en derecho.

La cláusula 11, recogía:

“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...”

Y el 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 €”

El informe del órgano de contratación (acuerdo de la Junta de Gobierno Local que asume el informe de la Secretaria municipal) ofrece una idónea explicación de la inviabilidad de este apartado, por lo que no es necesario alargar más allá esta Resolución:

“En relación a la segunda alegación cumple decir que, efectivamente, existe un error en el importe exigido para la justificación de la solvencia técnica o profesional ya que fue exigido un importe de 1.533.518,20 euros que es excesivo para un suministro cuyo valor estimado es de 324.398,10 euros.

El artículo 11 RGLCAP establece la forma de acreditar la solvencia técnica en los contratos no sujetos a clasificación y no exentos de acreditar la solvencia técnica cuando los pliegos no concretan los criterios y requisitos mínimos para su acreditación.

Si bien el contrato que nos ocupa es un contrato de suministro (no precisa clasificación) y no está exento de acreditar la solvencia técnica (no es inferior a 35.000 euros) lo cierto es que la solvencia técnica solamente tendría que acreditarse por los requisitos mínimos del artículo 11 del reglamento si los pliegos no establecen otros criterios y requisitos de solvencia técnica.

Pero esta argumentación no puede llevar a que la exigencia de solvencia técnica en los pliegos (1.533.518,20 euros) sea tan superior a la exigida como mínima en el reglamento (227.078,67 euros), resultando esta última de calcular el 70% del valor estimado del contrato.

La exigencia prevista en el pliego puede ser restrictiva de la competencia, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, por lo que se considera oportuno modificar este extremo y exigir como solvencia técnica la propia del reglamento: experiencia en la realización de suministros del mismo tipo o naturaleza a la que corresponde el objeto del contrato que se acreditará mediante la relación de los suministros efectuados por el interesado en el curso de los últimos cinco años, correspondientes al mismo tipo o naturaleza a la que corresponda el objeto del contrato, avalados por certificados de buena ejecución y el requisito mínimo será que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución será igual o superior al 70% del valor estimado del contrato. A efectos de determinar la correspondencia entre los suministros acreditados y los que constituyen el objeto del contrato, cuando exista clasificación aplicable a este último se atenderá al grupo y subgrupo de clasificación y, en los demás casos, a la coincidencia entre los dos primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV.”

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar en parte** el recurso interpuesto por ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato mixto de suministro, instalación y montaje de los elementos descritos en el proyecto de mejora de eficiencia energética de la iluminación pública en Milladoiro, tramitado por el Ayuntamiento de Ames, decretando la nulidad de la cláusula 11 y Anexo III del PCAP, en lo referente a la solvencia técnica, con desestimación de lo demás.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.