

Recurso nº 23/2019**Resolución nº 21/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 28 de xaneiro de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. J.M.G. actuando en nome e representación da ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS contra os pregos do contrato de servizo de recollida de lixo e limpeza, convocado polo Concello de Burela, expediente 2477/2018, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello de Burela convocouse a licitación do contrato do servizo de recollida de residuos urbanos, de limpeza viaria, limpeza de praias e xestión do punto limpo, cun valor estimado declarado de 4.810.958,31 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratos do Sector público o día 30.12.2018 e no DOUE o 02.01.2019. Ese mesmo día publicáronse os pregos da licitación.

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

Terceiro.- O recorrente impugna o contido da cláusula H.1 do cadro de características da licitación no referente á solvencia técnica.

Cuarto.- O día 17.01.2019 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, con enlaces cara isto na web deste Tribunal.

Quinto.- Con data 18.01.2019 reclamouse ao Concello de Burela o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 21.01.2019, onde se nos informa da ausencia de licitadores nese momento.

Sexto.- Este Tribunal en sesión de data 24.01.2019 acordou suspender o 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 órgano de contratación no seu informe alega falta de lexitimación da asociación recorrente, por entender que non representa os intereses do sector relacionado co obxecto do contrato.

Defende, nese sentido, que non existindo unha relación directa coa prestación contractual o recurso persegue unha xenérica defensa da legalidade que lle permitiría impugnar calquera licitación pública, independentemente do seu obxecto.

Este Tribunal admite con carácter xeral a lexitimación das asociacións representativas dos intereses empresariais relacionados co obxecto do contrato para a interposición do recurso especial en materia de contratación, cando este se interpón contra os pregos e na medida en que o seu contido afecta aos intereses das empresas asociadas.

Ademais, como sinala o propio órgano de contratación os estatutos da Asociación impugnante recollen entre os seus fins:

“a) Representar, defender y promocionar los intereses económicos, profesionales, sociales y culturales de sus asociados”.

A este respecto, e segundo as escrituras que acompañan ao texto do recurso, consta entre os membros da asociación alomenos unha mercantil que presta servizos na actividade obxecto do contrato licitado, e o propio contido do recurso fundaméntase en que o nivel de solvencia esixido nos pregos restrinxe a competencia.

Todo o cal determina que se aprecie a debida lexitimación nesta Asociación para a interposición deste recurso.

Cuarto.- Dadas as datas sinaladas con anterioridade, o recurso foi interposto dentro do prazo legalmente esixible.

Quinto.- Impugnándose os pregos dunha licitación dun contrato de servizos cun valor estimado superior a 100.000 euros, o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- A recorrente fundamenta a súa impugnación en que os criterios de solvencia sinalados restrinxen excesivamente a concorrência, ao vincular a experiencia requirida a servizos prestados en Concellos con poboación superior a 20.000 habitantes, cando o concello de Burela ten unha poboación inferior a 10.000, ademais de que ao esixir que o servizo se prestase durante máis de 3 anos nos últimos 5 estase aumentando os límites cuantitativos desa solvencia.

Sétimo.- O órgano de contratación oponse ao contido do recurso argumentando que os criterios de solvencia establecidos son proporcionais ao obxecto contractual e cumpren co establecido na LCSP. Defende os criterios establecidos ao entender que Burela ten unha elevada densidade de poboación, ademais de que as características do concello dentro da súa comarca e o elevado nivel de actividade existente *“requieren*

duns servizos altamente cualificados tecnicamente". E nese sentido sinala que un nivel de solvencia inferior poñería en risco que o adxudicatario *"puidese afrontar as esixencias técnicas establecidas no PPT"*.

Oitavo.- A impugnación fundaméntase exclusivamente no contido da cláusula H.1 do Cadro de características do contrato polos motivos anteriormente expostos, polo que a esa análise referirase esta Resolución en virtude do principio de congruencia.

Esa cláusula H.1 do Cadro de características do contrato establece o seguinte respecto á solvencia técnica esixida:

"Previamente a la apertura de las ofertas técnicas, el adjudicatario deberá garantizar su solvencia técnica mediante la acreditación de los siguientes requisitos:

RU Haber desempeñado o estar prestando adecuadamente () servicios de recogida, transporte y gestión de RU en alguna población superior a 20.000 habitantes durante más de 3 años, y en los últimos 5 años.*

LV Haber desempeñado o estar prestando adecuadamente () servicios de limpieza viaria en alguna población superior a 20.000 habitantes durante más de 3 años, y en los últimos 5 años.*

() Se acreditará mediante informe/certificado oficial de buena ejecución (e indicando toneladas RU tratadas, habitantes, facturación) expedido por administración contratante."*

Podemos configurar a solvencia como o conxunto de condicións técnicas, financeiras, económicas e profesionais que deben concorrer nunha empresa para que se lle considere capaz de executar as prestacións obxecto dun contrato. Así, o artigo 44.2 da Directiva 2004/18/CE, do 31 de marzo sinala que os limiares de solvencia esixibles deben ser proporcionados a ese obxecto contractual, no sentido de que o órgano de contratación determine en cada caso o nivel de solvencia mínimo necesario para participar en cada procedemento de licitación específico. E esa proporcionalidade resulta lóxicamente da relación entre o que se esixe como requisito de solvencia e a complexidade técnica da prestación contractual e a súa dimensión económica, dado que una esixencia desproporcionada afectaría á concorrencia empresarial en condicións de igualdade.

Debemos comezar sinalando que a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, no seu Informe 36/07, de 5 de xullo de 2007, identifica cinco condicións para os criterios de solvencia, como son: que figuren no prego de cláusulas administrativas particulares e no anuncio do contrato, que sexan criterios determinados, que estean relacionados co obxecto e o importe do contrato, que se atopen entre os enumerados nos artigos da Lei segundo o contrato de que se trate e, no que nos ocupa, que, en ningún caso, poidan producir efectos de carácter discriminatorio.

A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Cataluña indicou en canto os requisitos de solvencia económica e financeira e profesional ou técnica no seu informe 7/2002:

“el órgano de contratación deberá indicar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los niveles mínimos que, en relación con cada medio de acreditación, deberán cumplir las empresas licitadoras.

Esta determinación de los niveles mínimos deberá ser establecida por el órgano de contratación con un respeto absoluto al principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse niveles mínimos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica.

Una exigencia de niveles mínimos de solvencia económica y técnica desproporcionada afectaría a la propia concurrencia empresarial y podría constituir causa de anulación de la validez de la licitación.”

Xa anticipamos que este Tribunal entende que a configuración dos requisitos de solvencia técnica establecida na licitación non cumpre esa esixencia da necesaria proporcionalidade co obxecto contractual.

A argumentación nese sentido do órgano de contratación, respecto ás especiais características do municipio de Burela, sen carecer de lóxica, non se considera suficiente para xustificar unha solvencia como a esixida. Sinalemos que se restrinxen os servizos prestados a Concellos cunha poboación superior a 20.000 habitantes, cando a de Burela, como recoñece o propio órgano de contratación, non alcanza a metade desa cifra, o que impide apreciar que exista a necesaria proporcionalidade. As circunstancias alegadas polo órgano de contratación, relacionadas co volume de

servizos existentes no municipio, nalgún caso non se poden considerar como inhabituais en Concellos semellantes e, noutros, como o referido á importancia do porto pesqueiro ou os areais existentes, se ben lóxicamente se terían en conta na configuración da licitación, non poden determinar de por si unha restrición tan considerable nas condicións de solvencia.

Lembremos que no limiar de solvencia nos atopamos ante circunstancias que determinan as posibilidades dos operadores non xa de ser adxudicatarios, senón de participar na licitación, polo que os principios de proporcionalidade e concorrancia adquiren unha relevancia especial.

Como sinalamos na nosa Resolución 74/2018:

“Neste sentido é importante salientar a importancia da proporcionalidade nos criterios de solvencia por canto que este aspecto afecta á mesma posibilidade de acceder e participar á licitación, isto é, á fase máis primaria do principio de concorrancia.”

Así, o feito de non permitir como xustificación de solvencia os servizos prestados en Concellos de poboación inferior a 20.000 habitantes deixa fora un número moi considerable de licitacións en prexuízo da libre concorrancia, sen que este Tribunal aprecie que na prestación dun servizo como o obxecto da contratación, o servizo de limpeza e recollida de RSU, ese límite de poboación determine unha diferenza técnica da suficiente relevancia para xustificar un limiar de solvencia tan afastado do que é a propia realidade poboacional do Concello de Burela.

Por outro lado, en relación coa temporalidade dos servizos prestados previstos na cláusula H.1 do cadro de características da licitación, hai que especificar en primeiro lugar que o artigo 90 da LCSP no seu apartado 1. a) permite ampliar o límite xeral de tres anos aos efectos de valorar os servizos prestados indicando:

“Cando sexa necesario para garantir un nivel adecuado de competencia, os poderes adxudicadores poderán indicar que se terán en conta as probas dos servizos pertinentes efectuados máis de tres anos antes”.

Sobre o concreto límite establecido nesta licitación, un servizo prestado durante tres anos dentro do período dos últimos cinco, non argumenta o recorrente en que medida supón unha limitación desproporcionada, nin o aprecia así este Tribunal en

relación coa natureza dos concretos servizos licitados, tendo en conta ademais que a contratación está configurada cunha duración de catro anos, máis un de prórroga.

En conclusión, debemos proceder á anulación da cláusula H.1 do cadro de características da licitación en virtude do expresado nesta Resolución, o que determina a conseguinte retroacción do procedemento a un momento anterior á súa aprobación, de conformidade co previsto no artigo 57.2 da LCSP.

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

1. **Estimar parcialmente** o recurso interposto pola ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS contra os pregos do contrato de servizo de recollida de lixo e limpeza, convocado polo Concello de Burela, expediente 2477/2018.

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.