

Recurso nº 23/2019**Resolución nº 21/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.M.G. actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS contra los pliegos del contrato de servicio de recogida de basura y limpieza, convocado por el Ayuntamiento de Burela, expediente 2477/2018, 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 Burela se convocó la licitación del contrato del servicio de recogida de residuos urbanos, de limpieza viaria, limpieza de playas y gestión del punto limpio, con un valor estimado declarado de 4.810.958,31 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos del Sector público el día 30.12.2018 y en el DOUE el 02.01.2019. Ese mismo día se publicaron los pliegos de la licitación.

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 (LCSP, en adelante).

Tercero.- El recurrente impugna el contenido de la cláusula H.1 del cuadro de características de la licitación en lo referente a la solvencia técnica.

Cuarto.- El día 17.01.2019 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, con enlaces hacia esto en la web de este Tribunal.

Quinto.- Con fecha 18.01.2019 se reclamó al Ayuntamiento de Burela el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 21.01.2019, donde se nos informa de la ausencia de licitadores en ese momento.

Sexto.- Este Tribunal en sesión de fecha 24.01.2019 acordó suspender el 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 órgano de contratación en su informe alega falta de legitimación de la asociación recurrente, por entender que no representa los intereses del sector relacionado con el objeto del contrato.

Defiende, en ese sentido, que no existiendo una relación directa con la prestación contractual el recurso persigue una genérica defensa de la legalidad que le permitiría impugnar cualquier licitación pública, independientemente de su objeto.

Este Tribunal admite con carácter general la legitimación de las asociaciones representativas de los intereses empresariales relacionados con el objeto del contrato para la interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando este se interpone contra los pliegos y en la medida en que su contenido afecta a los intereses de las empresas asociadas.

Además, como señala el propio órgano de contratación los estatutos de la Asociación impugnante recogen entre sus fines:

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

A este respecto, y según las escrituras que acompañan al texto del recurso, consta entre los miembros de la asociación al menos una mercantil que presta servicios en la actividad objeto del contrato licitado, y el propio contenido del recurso se fundamenta en que el nivel de solvencia exigido en los pliegos restringe la competencia.

Todo lo cual determina que se aprecie la debida legitimación en esta Asociación para la interposición de este recurso.

Cuarto.- Dadas las fechas señaladas con anterioridad, el recurso fue interpuesto dentro del plazo legalmente exigible.

Quinto.- Impugnándose los pliegos de una licitación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, el recurso es admisible en esos aspectos.

Sexto.- La recurrente fundamenta su impugnación en que los criterios de solvencia señalados restringen excesivamente la concurrencia, al vincular la experiencia requerida a servicios prestados en Ayuntamientos con población superior a 20.000 habitantes, cuando el ayuntamiento de Burela tiene una población inferior a 10.000, además de que al exigir que el servicio se prestara durante más de 3 años en los últimos 5 se está aumentando los límites cuantitativos de esa solvencia.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone al contenido del recurso argumentando que los criterios de solvencia establecidos son proporcionales al objeto contractual y cumplen con lo establecido en la LCSP. Defiende los criterios establecidos al entender que Burela tiene una elevada densidad de población, además de que las características del ayuntamiento dentro de su comarca y el elevado nivel de actividad existente *“requieren de unos servicios altamente cualificados técnicamente”*. Y en ese sentido señala que un nivel de solvencia inferior pondría en riesgo que el adjudicatario *“pudiera afrontar las exigencias técnicas establecidas en el PPT”*.

Octavo.- La impugnación se fundamenta exclusivamente en el contenido de la cláusula H.1 del Cuadro de características del contrato por los motivos anteriormente expuestos, por lo que a ese análisis se referirá esta Resolución en virtud del principio de congruencia.

Esa cláusula H.1 del Cuadro de características del contrato establece lo siguiente respecto a la solvencia técnica exigida:

“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 la solvencia como el conjunto de condiciones técnicas, financieras, económicas y profesionales que deben concurrir en una empresa para que se le considere capaz de ejecutar las prestaciones objeto de un contrato. Así, el artículo 44.2 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo señala que los umbrales de solvencia exigibles deben ser proporcionados a ese objeto contractual, en el sentido de que el órgano de contratación determine en cada caso el nivel de solvencia mínimo necesario para participar en cada procedimiento de licitación específico. Y esa

proporcionalidad resulta lógicamente de la relación entre lo que se exige como requisito de solvencia y la complejidad técnica de la prestación contractual y su dimensión económica, dado que una exigencia desproporcionada afectaría a la concurrencia empresarial en condiciones de igualdad.

Debemos comenzar señalando que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 36/07, de 5 de julio de 2007, identifica cinco condiciones para los criterios de solvencia, como son: que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato, que sean criterios determinados, que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato, que se encuentren entre los enumerados en los artículos de la Ley según el contrato de que se trate y, en el que nos ocupa, que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña indicó en cuanto a los requisitos de solvencia económica y financiera y profesional o técnica en su 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.”

Ya anticipamos que este Tribunal entiende que la configuración de los requisitos de solvencia técnica establecida en la licitación no cumple esa exigencia de la necesaria proporcionalidad con el objeto contractual.

La argumentación en ese sentido del órgano de contratación, respecto a las especiales características del municipio de Burela, sin carecer de lógica, no se

considera suficiente para justificar una solvencia como la exigida. Señalemos que se restringen los servicios prestados a Ayuntamientos con una población superior a 20.000 habitantes, cuando la de Burela, como reconoce el propio órgano de contratación, no alcanza la mitad de esa cifra, lo que impide apreciar que exista la necesaria proporcionalidad. Las circunstancias alegadas por el órgano de contratación, relacionadas con el volumen de servicios existentes en el municipio, en algún caso no se pueden considerar como inusuales en Ayuntamientos semejantes y, en otros, como el referido a la importancia del puerto pesquero o los arenales existentes, si bien lógicamente se tendrían en cuenta en la configuración de la licitación, no pueden determinar de por sí una restricción tan considerable en las condiciones de solvencia.

Recordemos que en el umbral de solvencia nos encontramos ante circunstancias que determinan las posibilidades de los operadores no ya de ser adjudicatarios, sino de participar en la licitación, por lo que los principios de proporcionalidad y concurrencia adquieren una relevancia especial.

Como señalamos en nuestra Resolución 74/2018:

“En este sentido es importante destacar la importancia de la proporcionalidad en los criterios de solvencia por cuanto que este aspecto afecta a la misma posibilidad de acceder y participar en la licitación, esto es, en la fase más primaria del principio de concurrencia.”

Así, el hecho de no permitir como justificación de solvencia los servicios prestados en Ayuntamientos de población inferior a 20.000 habitantes deja fuera un número muy considerable de licitaciones en perjuicio de la libre concurrencia, sin que este Tribunal aprecie que en la prestación de un servicio como el objeto de la contratación, el servicio de limpieza y recogida de RUS, ese límite de población determine una diferencia técnica de la suficiente relevancia para justificar un umbral de solvencia tan alejado del que es la propia realidad poblacional del Ayuntamiento de Burela.

Por otro lado, en relación con la temporalidad de los servicios prestados previstos en la cláusula H.1 del cuadro de características de la licitación, hay que especificar en primer lugar que el artículo 90 de la LCSP en su apartado 1. a) permite ampliar el límite general de tres años a los efectos de valorar los servicios prestados indicando:

“Cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes”.

Sobre el concreto límite establecido en esta licitación, un servicio prestado durante tres años dentro del período de los últimos cinco, no argumenta el recurrente en que medida supone una limitación desproporcionada, ni lo aprecia así este Tribunal en relación con la naturaleza de los concretos servicios licitados, teniendo en cuenta además que la contratación está configurada con una duración de cuatro años, más uno de prórroga.

En conclusión, debemos proceder a la anulación de la cláusula H.1 del cuadro de características de la licitación en virtud de lo expresado en esta Resolución, lo que determina la consiguiente retroacción del procedimiento a un momento anterior a su aprobación, de conformidad con lo previsto en el artículo 57.2 de la LCSP.

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

1. **Estimar parcialmente** el recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS contra los pliegos del contrato de servicio de recogida de basura y limpieza, convocado por el Ayuntamiento de Burela, expediente 2477/2018.

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.