

Recursos nº 75/2019 e 77/2019 (acumulados)

Resolución nº 80/2019

**RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 10 de abril de 2019.

VISTOS os recursos especiais en materia de contratación interpostos por D. J.L.C.R. actuando en nome e representación de EULEN S.A. e D. M.G.S. en nome de MANTENIMIENTO FORESTAL MG S.L. contra a exclusión da súa oferta para os lotes 1,2,3,4,5,6,7,8,9,15,16,17 e 18 (recurso 75/2019) e 1,2,4,7 e 14 (recurso 77/2019) da contratación, pola Consellería do Medio Rural, de obras preventivas de mellora de devasa e de pistas forestais e do servizo de retén de maquinaria nos distintos distritos forestais de Galicia, expediente 44/2018, 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.- Pola Consellería do Medio Rural convocouse a licitación do contrato de obras preventivas de mellora de devasa e de pistas forestais e do servizo de retén de maquinaria nos distintos distritos forestais de Galicia, expediente 44/2018, dividido en 18 lotes, cun valor estimado declarado de 3.102.949,02 €.

Tal licitación foi obxecto de publicación o 27.12.2018 na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia.

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 adiante, LCSP).

Terceiro.- Os recurrentes impugnan a exclusión da súa oferta acordada pola mesa de contratación o 28.02.2019

Cuarto.- O día 25.03.2019 EULEN S.A. 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 na web deste Tribunal (recurso 75/2019).

O día 27.03.2019 MANTENIMIENTO FORESTAL MG S.L. interpuxo o seu recurso polo mesmo medio (recurso 77/2019).

Quinto.- Con datas 26.03.2019 e 28.03.2019 reclamouse á Consellería de Medio Rural os expedientes e os informes de cada un dos recursos 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 os días 29.03.2019 (recurso 75/2019) e 02.04.2019 (recurso 77/2019).

Sexto.- Ao abeiro do artigo 57 da Lei 39/2015, de 1 de outubro, do procedemento administrativo común das Administracións Públicas, o TACGal decidiu a acumulación de ambos recursos o 02.04.2019.

Sétimo.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 02.04.2019, recibíndose as alegacións da empresa Servitec Medioambiente S.L.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis 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 aos 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.- Os recorrentes foron excluídos polas decisións obxecto de impugnación, polo que a súa lexitimación é incuestionable.

Cuarto.- O acordo impugnado foi notificado o día 05.03.2019, polo que o recurso foi interposto dentro do prazo legal.

Quinto.- Impugnándose un acordo de exclusión ditado nunha licitación dun contrato mixto de obras e servizos cun valor estimado de 3.102.949,02 €, o recurso é admisible nesas aspectos.

Sexto.- MANTENIMIENTO FORESTAL MG S.L. alega que a súa clasificación era suficiente para acreditar a solvencia esixida, non sendo procedente que se lle solicitase acreditación dos servizos prestados, ademais de que, en todo caso, esa acreditación só se debía presentar polo licitador mellor clasificado e non podía ser requirida con anterioridade.

Por outra parte, sinala que a experiencia non pode ser obxecto de valoración e crítica que os pregos vinculen o volume de servizos necesarios ao conxunto total dos lotes aos que se licita, o que dificulta a competencia.

EULEN S.A. sinala ademais que a solvencia técnica esixida computouse incorrectamente.

Sétimo.- O órgano de contratación oponse ao contido do recurso, con base nos argumentos aos que faremos referencia nesta resolución.

A empresa alegante oponse tamén ao contido do recurso.

Oitavo.- O primeiro motivo de impugnación céntrase en se era suficiente a clasificación do contratista para acreditar a solvencia esixida no PCAP, ou se tamén era preciso, como defende o órgano de contratación, a presentación dunha relación dos principais servizos realizados.

Para analizar esta cuestión debemos acudir á regulación das condicións de solvencia no cadro de características do contrato (CCC), cuxo apartado F sinala o seguinte:

“F.1. CLASIFICACIÓN DOS CONTRATISTAS PARA AS OBRAS

De acordo co establecido polo artigo 77.1.a) Para os contratos de obras cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 500.000 euros será requisito indispensable que o empresario se atope debidamente clasificado como contratista de obras dos poderes adjudicadores. En consecuencia o licitador deberá posuír a clasificación correspondente Grupo K Subgrupo 6 e a categoría que corresponda, tendo en conta o valor estimado da obra dos lotes aos que licite, de conformidade co disposto no artigo 26 do Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas.

F.2. MEDIOS DE ACREDITACIÓN DA SOLVENCIA ECONÓMICA

Debido a que o obxecto da prestación dos servizos non está incluído no ámbito de clasificación dalgún dos grupos ou subgrupos de clasificación vixentes, atendendo para iso ao código CPV do contrato, o empresario non poderá acreditar a súa solvencia en servizos mediante a súa clasificación, debendo acreditar o cumprimento dos requisitos específicos de solvencia para os servizos no relativo a experiencia en traballos semellantes ao servizo de retén do seguinte xeito:

A solvencia económica e financeira probarase mediante o seguinte medio, dos recollidos no artigo 87.3 da LCSP:

Criterio de selección: Volume anual de negocios do licitador ou candidato, referido ao mellor exercicio dentro dos tres últimos dispoñibles en función das datas de constitución e de inicio de actividades do empresario e de presentación das ofertas que deberá ser de por importe igual ou superior ao valor estimado, para a prestación correspondente ao servizo, do lote ou lotes aos que licita. (Importe sinalado na táboa da Letra A3).(…)

F.3. MEDIOS DE ACREDITACIÓN DA SOLVENCIA TÉCNICA

Medios para acreditar a solvencia técnica (servizo): unha relación dos principais servizos ou traballos realizados nos últimos 3 anos de igual ou similar natureza que o obxecto do contrato (servizos de retén e/ou de extinción de incendios forestais con maquinaria pesada), que inclúa importe, datas e destinatario, público ou privado, deles. (...)

Pola súa parte, tamén é preciso facer referencia á cláusula 5 do PCAP:

“5.1. A solvencia económica, financeira e técnica ou profesional esixible, se for o caso, no presente contrato, acreditarase polos medios que se indican na letra F do cadro de características do contrato, na cal constan os criterios de selección e os

requisitos mínimos para a súa acreditación, así como a clasificación correspondente ao obxecto e contía do contrato.

A solvencia se acreditará, ben mediante a clasificación do contratista cando sexa obrigatorio consonte ao artigo 77.1 da LCSP, ben indistintamente mediante a clasificación ou acreditando o cumprimento dos requisitos específicos de solvencia esixidos neste prego.(...)

5.4 Os licitadores deberán acreditar a súa solvencia económica, financeira e técnica ou profesional a través dos medios de xustificación que figuran nos números 2 e 3 da letra F do cadro de características do contrato ou da clasificación indicada na letra F.1.”

O recorrente MANTENIMIENTO FORESTAL MG S.L., apoiándose no contido da cláusula 5.4 citada, entende que a clasificación por el aportada sería suficiente como proba da súa solvencia, xa que a utilización da conxunción “ou” determina que tanto a clasificación como os outros medios previstos serían separadamente formas suficientes de acreditación da solvencia.

Pois ben, procede comezar sinalando que é un principio xeral da contratación que a interpretación das cláusulas escuras dun contrato non poden favorecer á parte que ocasionara a escuridade (art. 1228 do Código Civil), ou dito a sensu contrario, prexudicar a que non a ocasionou (por todas, resolución 4/2018 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía). Tamén a Sentenza TXUE de 16.9.2013 destaca a importancia do principio de transparencia:

“Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111).”

Partindo deste principio, da lectura das cláusulas anteriormente citadas resulta que por un lado, o cadro de características do contrato fai unha referencia separada á clasificación e a outros medios de acreditar a solvencia técnica. Pero da literalidade da cláusula 5 do PCAP resulta, como defende o recorrente, que a clasificación aparece

como medio de proba suficiente desa solvencia para as empresas que teñan precisamente esa requirida clasificación.

Iso se nos mostra, en primeiro lugar, da redacción do apartado 5.1 que establece que *“a solvencia se acreditará, .. mediante a clasificación do contratista cando sexa obrigatorio consonte ao artigo 77.1 da LCSP”*, algo que sucede neste caso e así consta expresamente indicado no apartado F.1 do CCC. Ademais, se non fose obrigatoria esa clasificación, a mesma cláusula permite utilizar *“indistintamente”* a clasificación *“ou”* referirse aos *“requisitos específicos de solvencia esixidos neste prego”*, expresións carentes de ambigüidade.

E, en segundo lugar, da cláusula 5.4 do PCAP, que literalmente volve a remitirse á clasificación como medio alternativo e suficiente para acreditar a solvencia, con expresa mención aos concretos apartados da cláusula F do CCC. Reiteramos novamente esa redacción pola súa claridade:

“5.4 Os licitadores deberán acreditar a súa solvencia económica, financeira e técnica ou profesional a través dos medios de xustificación que figuran nos números 2 e 3 da letra F do cadro de características do contrato ou da clasificación indicada na letra F.1.”

Polo tanto, unha interpretación literal e sistemática do PCAP e do CCC necesariamente nos leva a concluír que un licitador dilixente e suficientemente informado podía razoadamente entender que a súa clasificación acreditaba suficientemente a solvencia esixida para a realización do contrato no seu conxunto.

O órgano de contratación sinala ao respecto que:

“As cláusulas de carácter xeral contidas no PCAP, e que se concretan nas especificacións realizadas no cadro de características do contrato deben entenderse nunha lectura de conxunto, de tal maneira que a redacción do apartado 5 do PCAP, no relativo ás condicións precisas de solvencia económica e financeira e técnica ou profesional, ou da clasificación nos casos en que a lei así o esixa, terán o seu desenvolvemento no apartado F do cadro de características do dito prego”.

Esta posible interpretación, sen embargo, non se corresponde cunha interpretación conxunta de ambos documentos, senón que o órgano de contratación pretende que o indicado no CCC supoña unha substitución das literais mencións

recollidas no PCAP, non unha simple concreción das mesmas, algo que é contrario ao principio de transparencia que rexe toda licitación pública.

Pero é que ademais, a interpretación conxunta das condicións da licitación no sentido indicado nesta resolución é a máis acorde coa sistemática que se debía aplicar a un contrato destas características, pois lembremos que nos atopamos ante un contrato mixto de obras e servizos, no que a obra é a prestación principal. Así se recolle expresamente no cadro de características do contrato que establece, respecto á tipificación do contrato:

“A presente contratación tipifícase como contrato mixto de obras e servizos e, de acordo co establecido no artigo 18.1.a) da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público pola que se traspón ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 (en diante, LCSP), no tocante as normas que deban observarse para a súa adxudicación, atenderase ás do contrato administrativo de obras (artigo 13 LCSP).”

Pois ben, se acudimos ao artigo 18 da LCSP observamos que determina o réxime xurídico a aplicar aos contratos mixtos:

“Artigo 18. Contratos mixtos.

1. Entenderase por contrato mixto aquel que conteña prestacións correspondentes a outro ou outros de distinta clase.

Unicamente se poderán subscribir contratos mixtos nas condicións establecidas no artigo 34.2 da presente lei.

O réxime xurídico da preparación e adxudicación dos contratos mixtos determinarase de conformidade co establecido neste artigo, e o dos seus efectos, cumprimento e extinción determinarase de acordo co disposto no artigo 122.2.

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.”

Polo tanto, con base neste artigo conclúese que o réxime xurídico aplicable á preparación e adxudicación deste contrato é o correspondente ao contrato de obras, como prestación principal. E, en consecuencia, sendo esixible clasificación segundo establece o punto F.1 do CCC, a mesma acredita as súas condicións de solvencia para contratar, tal e como sinala o artigo 77 da LCSP, sen que sexa esixible documentación adicional, neste caso proba dos servizos realizados con anterioridade.

Así o expresa a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado no seu informe 29/2010, de 24 de novembro:

“con carácter previo a dar respuesta a las cuestiones planteadas, esta Junta Consultiva observa que el Ayuntamiento de Castellón de la Plana, cuyo Alcalde solicita este informe, licitó un contrato mixto de obras y de servicios exigiendo clasificación, al mismo tiempo, en subgrupos de empresas contratistas de obras y de empresas de servicios. Ello, entiende esta Junta Consultiva no es conforme con el artículo 12 de la Ley de Contratos del Sector Público (...) que supone que en los contratos mixtos la prestación más importante desde el punto de vista económico determina la aplicación total de las normas que definen su régimen jurídico sin que quepa acudir a las relativas a otro tipo de contratos.”

Tamén o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa Resolución 768/2016:

“Dispone el art. 12 del TRLCSP lo siguiente: “Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”. Pues bien, contrariamente a lo apuntado por el órgano de contratación, es claro que los medios para acreditar la solvencia forman parte de las normas que han de regir para la adjudicación del contrato y, por tanto, para un contrato mixto serán aplicables, conforme la regla que contiene el art. 12 TRLCSP, las reglas sobre acreditación de solvencia que correspondan a la prestación de mayor importancia desde el punto de vista económico que, en el caso objeto de esta Resolución, es el de suministro”

Igualmente, o Tribunal de Contratos Públicos de Aragón que, no seu Acordo 54/2013, establece:

“El contrato en cuestión se califica en el expediente como un contrato mixto de suministros y servicios. Ello no obstante, a la vista del alcance de las prestaciones

detalladas en el PCAP y en el PPT de la licitación, el contrato contiene también prestaciones propias de un contrato de obras, a ejecutar y financiar por el adjudicatario, por lo que nos encontramos ante un contrato mixto de obras, suministros y servicios. A estos efectos, el artículo 12 TRLCSP mantiene la regla de absorción, tradicional en la legislación de contratos públicos española (...) Por tanto, la prestación de mayor importancia económica va referida a la prestación P-1, correspondiente a un contrato de suministro, siendo a las normas de esta figura a las que hay que estar para la adjudicación del contrato (...) Lo que no procede, en ningún caso, es la exigencia de la clasificación señalada en el apartado d), al ser este medio de acreditación ajeno a los contratos de suministros, en virtud de lo señalado en el artículo 65.1 TRLCSP, que circunscribe la exigencia de la misma a los contratos de obras y servicios que superen los importes en cada caso establecidos.”

E a Resolución 198/2015 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía:

“si el órgano de contratación determinó en su momento que la prestación preponderante era el suministro, no cabe duda que no podía exigir requisito de clasificación, toda vez que la acreditación de solvencia será sustituida por la clasificación, -ex artículo 62.1 del TRLCSP-, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley, es decir, la exigencia de clasificación, en tanto puede resultar limitadora de la concurrencia, no puede ser exigida libremente por el órgano de contratación, sino que su exigencia se ha de supeditar a los supuestos previstos en el TRLCSP, concurriendo en este caso, como ha sido objeto de análisis, que el órgano de contratación erró al requerir en el presente contrato requisito de clasificación, al ser el objeto del mismo un contrato mixto de suministro y servicios con prevalencia del suministro, no estando comprendido este último en el artículo 65 del TRLCSP.”

En definitiva, tanto a interpretación literal e conxunta dos documentos da licitación, como a propia aplicación da lexislación contractual determinan que a clasificación aportada polos recorrentes sexa medio suficiente para acreditar a súa solvencia para esta licitación tal e como sinala o artigo 77 da LCSP, sen que deban aportar maior documentación ao respecto.

EULEN, no seu recurso, tamén accionou contra a súa exclusión, ditada no mesmo acto impugnado nos dous recursos, de forma que, atopándose ambos recorrentes na mesma posición xurídica e comprobado pola mesa de contratación e por este Tribunal que aportaron proba da súa clasificación e que esta é suficiente, debamos estimar ambos recursos.

En consecuencia, procede estimar os recursos presentados e anular a exclusión dos recorrentes, manténdose a tales efectos a validez daqueles actos e trámites cuxo contido permanecería igual de non cometerse a infracción.

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

1. **Estimar** os recursos interpostos por EULEN S.A. e MANTENIMIENTO FORESTAL MG S.L. contra a exclusión da súa oferta para os lotes 1,2,3, 4,5,6,7,8,9,15,16,17 e 18 (recurso 75/2019) e 1,2,4,7 e 14 (recurso 77/2019) da contratación, pola Consellería do Medio Rural, de obras preventivas de mellora de devasa e de pistas forestais e do servizo de retén de maquinaria nos distintos distritos forestais de Galicia.

2. 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.