

Recursos nº 75/2019 y 77/2019 (acumulados)**Resolución nº 80/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. J.L.C.R. actuando en nombre y representación de EULEN S.A. y D. M.G.S. en nombre de MANTENIMIENTO FORESTAL MG S.L. contra la exclusión de su oferta para los lotes 1,2,3,4,5,6,7,8,9,15,16,17 y 18 (recurso 75/2019) y 1,2,4,7 y 14 (recurso 77/2019) de la contratación, por la Consellería del Medio Rural, de obras preventivas de mejora de cortafuegos y de pistas forestales y del servicio de retén de maquinaria en los distintos distritos forestales de Galicia, expediente 44/2018, 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 la Consellería de en medio Rural se convocó la licitación del contrato de obras preventivas de mejora de cortafuegos y de pistas forestales y del servicio de retén de maquinaria en los distintos distritos forestales de Galicia, expediente 44/2018, dividido en 18 lotes, con un valor estimado declarado de 3.102.949,02 €.

Tal licitación fue objeto de publicación el 27.12.2018 en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia.

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.- Los recurrentes impugnan la exclusión de su oferta acordada por la mesa de contratación el 28.02.2019

Cuarto.- El día 25.03.2019 EULEN S.A. 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 en la web de este Tribunal (recurso 75/2019).

El día 27.03.2019 MANTENIMIENTO FORESTAL MG S.L. interpuso su recurso por el mismo medio (recurso 77/2019).

Quinto.- Con fechas 26.03.2019 y 28.03.2019 se reclamó a la Consellería de Medio Rural los expedientes y los informes de cada uno de los recursos a los 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 los días 29.03.2019 (recurso 75/2019) y 02.04.2019 (recurso 77/2019).

Sexto.- Al amparo del artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, el TACGal decidió la acumulación de ambos recursos el 02.04.2019.

Séptimo.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 02.04.2019, recibiendo las alegaciones de la empresa Servitec Medioambiente S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis 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.- Los recurrentes fueron excluidos por las decisiones objeto de impugnación, por lo que su legitimación es incuestionable.

Cuarto.- El acuerdo impugnado fue notificado el día 05.03.2019, por lo que el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal.

Quinto.- Impugnándose un acuerdo de exclusión dictado en una licitación de un contrato mixto de obras y servicios con un valor estimado de 3.102.949,02 €, el recurso es admisible en esos aspectos.

Sexto.- MANTENIMIENTO FORESTAL MG S.L. alega que su clasificación era suficiente para acreditar la solvencia exigida, no siendo procedente que se le solicitara acreditación de los servicios prestados, además de que, en todo caso, esa acreditación sólo se debía presentar por el licitador mejor clasificado y no podía ser requerida con anterioridad.

Por otra parte, señala que la experiencia no puede ser objeto de valoración y crítica que los pliegos vinculen el volumen de servicios necesarios al conjunto total de los lotes a los que se licita, lo que dificulta la competencia.

EULEN S.A. señala además que la solvencia técnica exigida se computó incorrectamente.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone al contenido del recurso, con base en los argumentos a los que haremos referencia en esta resolución.

La empresa alegante se opone también al contenido del recurso.

Octavo.- El primer motivo de impugnación se centra en si era suficiente la clasificación del contratista para acreditar la solvencia exigida en el PCAP, o si también era preciso, como defiende el órgano de contratación, la presentación de una relación de los principales servicios realizados.

Para analizar esta cuestión debemos acudir a la regulación de las condiciones de solvencia en el cuadro de características del contrato (CCC), cuyo apartado F señala lo siguiente:

F.1. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATISTAS PARA LAS OBRAS

De acuerdo con lo establecido por el artículo 77.1.a) Para los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado como contratista de obras de los poderes adjudicadores. En consecuencia el licitador deberá poseer la clasificación correspondiente Grupo K Subgrupo 6 y la categoría que corresponda, teniendo en cuenta el valor estimado de la obra de los lotes a los que licite, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

F.2. MEDIOS DE ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA ECONÓMICA

Debido a que el objeto de la prestación de los servicios no está incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para eso al código CPV del contrato, el empresario no podrá acreditar su solvencia en servicios mediante su clasificación, debiendo acreditar el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia para los servicios en lo relativo a la experiencia en trabajos semejantes al servicio de retén de la siguiente manera:

La solvencia económica y financiera se probará mediante el siguiente medio, de los recogidos en el artículo 87.3 de la LCSP:

Criterio de selección: Volumen anual de negocios del licitador o candidato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución y de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas que deberá ser de por importe igual o superior al valor estimado, para la prestación correspondiente al servicio, del lote o lotes a los que licita. (Imponerte señalado en la tabla de la Letra A3).(…)

F.3. MEDIOS DE ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA TÉCNICA

Medios para acreditar la solvencia técnica (servicio): una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos 3 años de igual o similar naturaleza que el objeto del contrato (servicios de retén y/o de extinción de incendios

forestales con maquinaria pesada), que incluya importe, fechas y destinatario, público o personal, de ellos. (...)

Por su parte, también es preciso hacer referencia a la cláusula 5 del PCAP:

“5.1. La solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigible, si fuera el caso, en el presente contrato, se acreditará por los medios que se indican en la letra F del cuadro de características del contrato, en el cual constan los criterios de selección y los requisitos mínimos para su acreditación, así como la clasificación correspondiente al objeto y cuantía del contrato.

La solvencia se acreditará, bien mediante la clasificación del contratista cuando sea obligatorio conforme al artículo 77.1 de la LCSP, bien indistintamente mediante la clasificación o acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en este pliego.(...)

5.4 Los licitadores deberán acreditar su solvencia económica, financiera y técnica o profesional a través de los medios de justificación que figuran en los números 2 y 3 de la letra F del cuadro de características del contrato o de la clasificación indicada en la letra F.1.”

El recurrente MANTENIMIENTO FORESTAL MG S.L., apoyándose en el contenido de la cláusula 5.4 citada, entiende que la clasificación por él aportada sería suficiente como prueba de su solvencia, ya que la utilización de la conjunción “o” determina que tanto la clasificación como los otros medios previstos serían separadamente formas suficientes de acreditación de la solvencia.

Pues bien, procede comenzar señalando que es un principio general de la contratación que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no pueden favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad (art. 1228 del Código Civil), o dicho a sensu contrario, perjudicar a la que no la ocasionó (por todas, resolución 4/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). También la Sentencia TJUE de 16.9.2013 destaca la importancia del 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)."

Partiendo de este principio, de la lectura de las cláusulas anteriormente citadas resulta que por un lado, el cuadro de características del contrato hace una referencia separada a la clasificación y a otros medios de acreditar la solvencia técnica. Pero de la literalidad de la cláusula 5 del PCAP resulta, como defiende el recurrente, que la clasificación aparece como medio de prueba suficiente de esa solvencia para las empresas que tengan precisamente esa requerida clasificación.

Eso se nos muestra, en primer lugar, de la redacción del apartado 5.1 que establece que *"la solvencia se acreditará, .. mediante la clasificación del contratista cuando sea obligatorio conforme al artículo 77.1 de la LCSP"*, algo que sucede en este caso y así consta expresamente indicado en el apartado F.1 del CCC. Además, si no fuera obligatoria esa clasificación, la misma cláusula permite utilizar *"indistintamente"* la clasificación *"o"* referirse a los *"requisitos específicos de solvencia exigidos en este pliego"*, expresiones carentes de ambigüedad.

Y, en segundo lugar, de la cláusula 5.4 del PCAP, que literalmente vuelve a remitirse a la clasificación como medio alternativo y suficiente para acreditar la solvencia, con expresa mención a los concretos apartados de la cláusula F del CCC. Reiteramos nuevamente esa redacción por su claridad:

"5.4 Los licitadores deberán acreditar su solvencia económica, financiera y técnica o profesional a través de los medios de justificación que figuran en los números 2 y 3 de la letra F del cuadro de características del contrato o de la clasificación indicada en la letra F.1."

Por lo tanto, una interpretación literal y sistemática del PCAP y del CCC necesariamente nos lleva a concluir que un licitador diligente y suficientemente informado podía razonadamente entender que su clasificación acreditaba suficientemente la solvencia exigida para la realización del contrato en su conjunto.

El órgano de contratación señala al respecto que:

"Las cláusulas de carácter general contenidas en el PCAP, y que se concretan en las especificaciones realizadas en el cuadro de características del contrato deben entenderse en una lectura de conjunto, de tal manera que la redacción del apartado 5

del PCAP, en lo relativo a las condiciones precisas de solvencia económica y financiera y técnica o profesional, o de la clasificación en los casos en que la ley así lo exija, tendrán su desarrollo en el apartado F del cuadro de características del dicho pliego”.

Esta posible interpretación, sin embargo, no se corresponde con una interpretación conjunta de ambos documentos, sino que el órgano de contratación pretende que el indicado en el CCC suponga una sustitución de las literales menciones recogidas en el PCAP, no una simple concreción de las mismas, algo que es contrario al principio de transparencia que rige toda licitación pública.

Pero es que además, la interpretación conjunta de las condiciones de la licitación en el sentido indicado en esta resolución es la más acorde con la sistemática que se debía aplicar a un contrato de estas características, pues recordemos que nos encontramos ante un contrato mixto de obras y servicios, en el que la obra es la prestación principal. Así se recoge expresamente en el cuadro de características del contrato que establece, respecto a la tipificación del contrato:

“La presente contratación se tipifica como contrato mixto de obras y servicios y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.1.a) de la Ley 9/2017, del 8 de noviembre, de contratos del sector público por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, del 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), en lo tocante a las normas que deban observarse para su adjudicación, se atenderá a las del contrato administrativo de obras (artículo 13 LCSP).”

Pues bien, si acudimos al artículo 18 de la LCSP observamos que determina el régimen jurídico a aplicar a los contratos mixtos:

“Artículo 18. Contratos mixtos.

1. Se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase.

Únicamente se podrán suscribir contratos mixtos en las condiciones establecidas en el artículo 34.2 de la presente ley.

El régimen jurídico de la preparación y adjudicación de los contratos mixtos se determinará de conformidad con el establecido en este artículo, y el de sus efectos,

cumplimiento y extinción se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122.2.

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.”

Por lo tanto, con base en este artículo se concluye que el régimen jurídico aplicable a la preparación y adjudicación de este contrato es el correspondiente al contrato de obras, como prestación principal. Y, en consecuencia, siendo exigible clasificación según establece el punto F.1 del CCC, la misma acredita sus condiciones de solvencia para contratar, tal y como señala el artículo 77 de la LCSP, sin que sea exigible documentación adicional, en este caso prueba de los servicios realizados con anterioridad.

Así lo expresa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 29/2010, de 24 de noviembre:

“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.”

También el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su 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, el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón que, en su Acuerdo 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.”

Y la Resolución 198/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales 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 la interpretación literal y conjunta de los documentos de la licitación, como la propia aplicación de la legislación contractual determinan que la clasificación aportada por los recurrentes sea medio suficiente para acreditar su solvencia para esta licitación tal y como señala el artículo 77 de la LCSP, sin que deban aportar mayor documentación al respecto.

EULEN, en su recurso, también accionó contra su exclusión, dictada en el mismo acto impugnado en los dos recursos, de forma que, encontrándose ambos recurrentes en la misma posición jurídica y comprobado por la mesa de contratación y por este Tribunal que aportaron prueba de su clasificación y que esta es suficiente, debamos estimar ambos recursos.

En consecuencia, procede estimar los recursos presentados y anular la exclusión de los recurrentes, manteniéndose a tales efectos la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido permanecería igual de no cometerse la infracción.

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

1. **Estimar** los recursos interpuestos por EULEN S.A. y MANTENIMIENTO FORESTAL MG S.L. contra la exclusión de su oferta para los lotes 1,2,3, 4,5,6,7,8,9,15,16,17 y 18 (recurso 75/2019) y 1,2,4,7 y 14 (recurso 77/2019) de la contratación, por la Consellería del Medio Rural, de obras preventivas de mejora de cortafuegos y de pistas forestales y del servicio de retén de maquinaria en los distintos distritos forestales de Galicia.

2. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle 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.