

Recurso nº 82 y 83/2019 (acumulados)**Resolución nº 85/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 15 de abril de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.A.C.I. actuando en nombre y representación de SEYS MEDIOAMBIENTE, S.L. (recurso 82/2019) y por D. P.A.M.H. en nombre y representación de SACYR AGUA, S.L., anteriormente denominada VALORIZA AGUA, S.L. (recurso 83/2019), ambos contra el anuncio y los pliegos de la contratación de un servicio de explotación y mantenimiento de las instalaciones de depuración y saneamiento encomendadas a Edar Bens, S.A., que tramita esa sociedad, expediente EB-2019-01, 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.- Edar Bens S.A. convocó la licitación de un servicio de explotación y mantenimiento de las instalaciones de depuración y saneamiento encomendadas a esa sociedad, expediente EB-2019-01, con un valor estimado declarado de 11.360.000 euros.

Segundo.- Edar Bens S.A. es una empresa pública que tiene encomendado el servicio de depuración de aguas residuales de los ayuntamientos de A Coruña, Arteixo, Cambre, Culleredo y Oleiros, sin que sea rechazado su carácter de poder adjudicador por ninguno de los intervinientes en este recurso especial.

Tercero.- Impugnan ambos recurrentes el anuncio y los pliegos de la contratación.

Cuarto.- Ambas empresas interpusieron el 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 desde la web de este Tribunal, el día 02.04.2019.

En el apartado 11 PCAP se recogía: *“Este procedimiento de contratación es susceptible de recurso especial en materia de contratación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 y siguientes de la LCSP.”*

Al amparo del artículo 13 del 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, procede acumular ambos recursos para su resolución conjunta.

Quinto.- Con data 03.04.2019 se reclamó a Edar Bens S.A. 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 08.04.2019. En esa remisión el órgano de contratación nos traslada la ausencia de licitadores.

Sexto.- El 08.04.2019 se acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

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 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.- Las recurrentes están legitimadas para interponer el presente recurso aunque no tengan la condición de licitador, pues precisamente las bases de la convocatoria le provocan a su entender un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y la obtención de una resolución favorable. En este sentido, las prestaciones del contrato al que se refiere esta impugnación están incluidas en el ámbito de su actividad empresarial. Así se ha pronunciado este TACGal en Resoluciones anteriores, por ejemplo la 2/2018, 46/2018, 52/2019 o 73/2019.

Cuarto.- Los recursos fueron presentados en plazo.

Quinto.- Impugnan ambos recurrentes el anuncio y los pliegos de la contratación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 €, por lo que el recurso es admisible.

Sexto.- Comenzaremos por la alegación de SEYS MEDIOAMBIENTE S.L, recurso 82/2019, donde se critica que se exija certificación de normas como requisito de solvencia técnica, cuando en realidad constituye un medio de acreditación de la misma.

El F.2 del Cuadro de Características Particulares recogía:

“SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL

El licitador deberá acreditar la solvencia técnica y profesional con los siguientes extremos:

1- Certificación en las normas ISO 14001 e ISO 9001. Dichas certificaciones deberán incluir específicamente actividades de depuración de aguas residuales, no aceptándose otras actividades que no sean estas. En caso de UTE, será necesario que dispongan de dichas certificaciones, como mínimo, la empresa o empresas que constituyan al menos el 50% de la UTE.

2- Certificación en la norma BS OHSAS 18001, específicamente en actividades de depuración de aguas residuales, no aceptándose otras actividades que no sean estas. En caso de UTE, será necesario que dispongan de dicha certificación, como mínimo, la empresa o empresas que constituyan al menos el 50% de la UTE.”

En nuestra Resolución TACGal 55/2018 ya analizamos la cuestión de los certificados de calidad. Ciertamente lo hacíamos principalmente para su inclusión como criterio de adjudicación, que no es el supuesto que nos ocupa, pero con una referencia final en lo referido a la solvencia de directa invocación aquí.

Efectivamente, no es correcto exigir como medio de solvencia la presentación de certificados de acreditación del cumplimiento de normas de calidad sin que en el PCAP se determinen los concretos requisitos de solvencia, pues supone confundir los planos de exigencia de una determinada solvencia con lo que sería su forma de acreditación. Dicho de otra forma, es improcedente exigir un certificado sin especificar que solvencia se exige y entonces a cual sirve esa certificación para acreditarla, lo que afecta a principios de la licitación como el de igualdad y transparencia.

En el mismo sentido, Resolución 627/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) la cual, tras una completa explicación, recoge:

“Pues bien, esas mismas circunstancias concurren en parte en nuestro caso. Se exige la acreditación del cumplimiento de normas de garantía de la calidad, sin determinar previamente como medio de solvencia, la exigencia de observación de unas concretas o determinadas normas de garantía de la calidad, o la adopción de medidas de control de la calidad, de garantía de dicho control o la existencia de personal responsable del control de la calidad o de gestión medioambiental, sino que se limita a especificar los certificados que exige para acreditar algo que no concreta. Por ello, no sabemos si su exigencia es proporcional y adecuada al objeto del contrato, ni cuáles son las normas equivalentes, ni tampoco qué medidas equivalentes de garantía de la calidad o de gestión medioambiental pueden probar los empresarios para acreditar que tienen la solvencia exigida, pero que no se concreta.

Lo anterior determina que debemos considerar ilegal la exigencia de unos determinados certificados para acreditar el cumplimiento de una norma de garantía de la calidad o de gestión medioambiental que no son determinadas en el propio PCAP, ni acreditan algo que previamente no ha determinado el pliego y debió hacerlo, que es concretar los específicos medios de solvencia técnica que debían ser acreditados mediante los certificados de acreditación del cumplimiento de determinadas normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental, u otros equivalentes o por las pruebas de medidas equivalentes por los empresarios, como autoriza el TRLCSP, lo que es un derecho de los empresarios licitadores.”

Por otra parte, también es contrario al principio de libre concurrencia en la contratación pública que no se admitan equivalencias a esos certificados, como ya recogen, precisamente en el ámbito de los contratos armonizados, los artículos 93 y 94 LCSP o el artículo 62 de la Directiva 24/2014, y como es uniformemente recogido por las resoluciones de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales, como es la Resolución 84/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

“la exigencia de certificados que acrediten el cumplimiento de las normas de calidad no debe ser restrictiva, ya que ello limitaría el principio de libre concurrencia en la licitación pública. En aplicación de los preceptos citados, cuando se exigen certificados acreditativos de la calidad, los órganos de contratación deben reconocer cualquier certificado expedido por organismos independientes conforme a las normas europeas de certificación, aceptando incluso otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de calidad que presenten los empresarios, como señala el citado artículo 93.2 de la LCSP (en este sentido Resolución 37/2018, de 24 de mayo, de este Tribunal).”

En este punto, no cabe admitir como argumentación eficaz la que se nos traslada como informe del órgano de contratación de que existió un error de redacción al emplear la palabra “deberá” en vez de “podrá”, y que “ese error no impediría que los licitadores pudieran aportar otros certificados”. Evidentemente, si un licitador diligente lee la cláusula no puede entender que donde se recoge un término tan taxativo como “deberá”, en realidad no es tal.

Finalmente, debe cuidar el órgano de contratación que los certificados que menciona sean invocables para lo cual se trata de constatar, pues como recoge la Resolución TACRC 1153/2018:

“En siguiente lugar, en relación con la alegación del recurrente del excesivo número de certificados exigidos, se observa que se incluye una “Certificación de Calidad OSHAS 18001:2007 o equivalente”. Como dijimos en nuestra Resolución 627/2018, esta Certificación no es de calidad, ni de gestión medioambiental (como afirma el pliego), sino de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo. Por tanto, además de ser aplicable a su exigencia lo indicado anteriormente, resulta que no puede exigirse como medio para acreditar la solvencia técnica por no estar relacionada entre los medios tasados que relaciona el artículo 90.1 de la LCSP, además de que el propio pliego, en su cláusula 13, solo se refiere al cumplimiento de normas de garantía de la calidad, y de gestión medioambiental.”

Por lo tanto, procede estimar el recurso 82/2019 en este punto y anular los señalados y reproducidos puntos 1 y 2 del F.2 del Cuadro de Características Particulares en base a lo expuesto.

Séptimo.- La otra crítica, esta común de ambos recursos, va referida a que en la solvencia técnica se disponga que para el caso de concurrir en UTE será necesario que al menos una de las empresas que conforman tal unión cumpla íntegramente la solvencia exigida. Consideran que las prevenciones de los pliegos impiden “acumular” la solvencia.

El recurso 82/2019 recoge como impugnados los puntos 3 y 5 del apartado F.2 del Cuadro de Características Particulares y el recurso 83/2010 reproduce las frases en cuestión de esos contenidos en los puntos 3 y 5. Interesa entonces la siguiente reproducción:

“SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL

El licitador deberá acreditar la solvencia técnica y profesional con los siguientes extremos:

3.- Los licitadores deberán haber realizado trabajos similares a los que son objeto del contrato (explotación y mantenimiento de EDARes y EBARes), en virtud de contratos que hayan estado vigentes al menos durante dos años dentro de los últimos cuatro años anteriores a la fecha de publicación de los pliegos de la presente licitación en la PCSP. Las unidades mínimas y características son las siguientes:

(...)

En caso de UTE, será necesario que al menos una de las empresas que la forman cumpla íntegramente la solvencia exigida en este apartado, y que dicha empresa ostente al menos el 50% de la UTE.

(...)

5- Los licitadores deberán contar con experiencia en los siguientes tipos de instalaciones, que pueden estar incluidas en los contratos antes referidos, o en otro u otros contratos adicionales, de servicios análogos a los del presente contrato, que haya estado vigente al menos durante dos años dentro de los últimos cuatro años anteriores a la fecha de publicación de los pliegos de la presente licitación en la PCSP. Las unidades mínimas y características son las siguientes:

(...)

En caso de UTE, será necesario que una de las empresas que la forman cumpla íntegramente la solvencia exigida en este apartado, y que dicha empresa ostente al menos el 50% de la UTE.”

El artículo 19.2 de la Directiva 24/2014 recoge:

”2. Las agrupaciones de operadores económicos, incluidas las asociaciones temporales, pueden participar en procedimientos de contratación. Los poderes adjudicadores no les exigirán que tengan una forma jurídica específica para presentar una oferta o una solicitud de participación.

En caso necesario, los poderes adjudicadores podrán precisar en los pliegos de la contratación las condiciones que deben reunir las agrupaciones de operadores económicos para cumplir los requisitos sobre situación económica y financiera o capacidad técnica y profesional a que se refiere el artículo 58, siempre que ello esté justificado por motivos objetivos y sea proporcionado. Los Estados miembros podrán establecer unas condiciones normalizadas para la forma en que las agrupaciones de operadores económicos cumplan con dichas condiciones.

Las condiciones para la ejecución de un contrato por dichas agrupaciones de operadores económicos que sean diferentes a las que se impongan a participantes individuales también estarán justificadas por motivos objetivos y serán proporcionadas”

El artículo 24.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece:

“En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento”.

Una selección de la doctrina presente al respecto de la solvencia en las UTEs está contenida, por ejemplo, en la Sentencia de 5 de noviembre de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que señala:

“tanto La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado como el Tribunal Administrativo Central como el Tribunal Supremo llegan a las siguientes conclusiones en la interpretación del citado art. 24:

Respecto de la capacidad, es exigible a todas y cada una de las empresas o personas físicas que componen la UTE.

Respecto de la solvencia técnica, es exigible asimismo a todos y cada uno de los componentes de la UTE, si bien con el criterio flexible de entender que la relación que tengan con el objeto del contrato puede ser directa o indirecta siempre que todas ellas tengan una finalidad social al menos relacionada con el objeto del contrato. Es decir, se exige a cada uno al menos un mínimo de solvencia técnica.

Respecto de la solvencia económica también se exige a cada uno de los componentes de la UTE, (lo cual es obvio dada la responsabilidad solidaria de todos los componentes de la UTE tanto frente a la Administración como frente a terceros); si bien con el criterio flexible de entender que alguno de sus componentes puede probar su solvencia económica acreditando la capacidad económica de otra empresa perteneciente o no a la UTE, con la que tenga cualesquiera vínculos jurídicos, siempre que pruebe fehacientemente que puede disponer de los fondos económicos de ésta tercera empresa.”

En aplicación de esta doctrina, no consideramos proporcionadas las menciones que nos ocupan de los puntos 3 y 5 del apartado F.2 del Cuadro de Características Particulares, por cuanto, en realidad, al exigir que al menos una de las integrantes de la UTE deba cumplir la totalidad de la solvencia, lo que está es impidiendo acumular este aspecto pues indefectiblemente se debe tener la totalidad de manera individual, lo cual afecta a la libre competencia.

Debemos resaltar que la UTE es básicamente un mecanismo de colaboración entre empresas para llevar a cabo la ejecución de un contrato, por lo que se debe permitir con carácter general la posibilidad de que esas empresas sumen o pongan en común sus capacidades y medios.

Las razones que se aportan ahora, con el informe que se nos remite por el órgano de contratación, son genéricas y además no se consideran suficientes. Así, siendo evidente que cabe presentarse en UTE a esta licitación no se comprende cómo se va a garantizar que sea precisamente la participante que aporta la solvencia la que va a desarrollar entonces la “*gestión conjunta de todo el sistema*” al que se alude.

Además, el informe a este recurso señala como motivación de la cláusula impugnada:

“el personal responsable de la gestión del servicio debe tener la suficiente capacitación y experiencia para la gestión conjunta de todo el sistema, no siendo posible su fragmentación y gestión de forma independiente”

Tal dirección en la argumentación sería de una dimensión restrictiva de la propia participación de las UTEs en la licitación, como tal contraria a la legislación contractual.

De todas formas, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en Resolución 388/2018, muy reciente, ante una cláusula más atenuada recogió:

“Lo mismo podría decirse de la exigencia de que “y deberá de existir al menos una empresa miembro de la agrupación que acredite un volumen global de la cifra de negocios de al menos el 50% del precio máximo anual de licitación de los tres ejercicios cerrados”.

Este criterio va contra la regla general de acumulación de solvencia económica de todos los participantes, que mantiene tanto el artículo 24 del RGLCAP como las resoluciones del TACRC como la que hemos señalado anteriormente, pudiendo ser limitativo de la libre competencia, sin que se haya planteado justificación alguna.

Por ello, este motivo debe ser estimado considerando no conforme a derecho la cláusula 24 de los PCAP en lo referente a la solvencia económica.”

De hecho, en su literalidad solo se está pidiendo esta solvencia -y además la totalidad de la misma- a una de las empresas, lo que parece permitir que uno de los participantes en la UTE carezca totalmente de solvencia, lo que no sería compatible con la doctrina reproducida. Así, la Resolución 697/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ya menciona que la exigencia de una solvencia mínima a las integrantes busca, precisamente, esa garantía frente a una unión donde van a poder participar en la ejecución del contrato cualquiera de ellas.

Finalmente indicar que nuestra Resolución TACGal 74/2018 expresamos sobre la necesidad de proporcionalidad en esta cuestión:

“ 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 lo que nos ocupa, que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio.

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.”

Por lo tanto, debemos anular las referidas menciones del puntos 3 y 5 del apartado F.2 del Cuadro de Características Particulares.

Octavo.- Otra de las alegaciones comunes de ambos recurrentes es que se vulneró el plazo para la presentación de las proposiciones.

Entendemos sobre esto que, al estimarse los recursos en lo anteriormente referido, esta cuestión ya quedó sin objeto pues de retomarse la licitación existirá ya un nuevo plazo de proposición de ofertas, quedando, en definitiva, el plazo citado en los recursos vacío de objeto.

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 SEYS MEDIOAMBIENTE, S.L. (recurso 82/2019) y por SACYR AGUA, S.L., anteriormente denominada VALORIZA AGUA, S.L. (recurso 83/2019), contra los pliegos de la contratación de un servicio de explotación y mantenimiento de las instalaciones de depuración y saneamiento encomendadas a Edar Bens, S.A.

2. Levantar las suspensiones acordadas 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 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 el 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.