

Recurso 367/2023
Resolución 410/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 1 de septiembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO CONSIDERA, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 13 de julio de 2023, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Prestación de los servicios de diseño y ejecución de la campaña de concienciación y sensibilización para la implantación de la recogida separada de biorresiduos y restos de poda (fracción orgánica) en los municipios de Tarifa, San Roque y la Línea de la Concepción para la Sociedad Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA)» (Expediente 06-5-2023), convocado por la Consejería Delegada de Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 y 27 de junio de 2023 se publicó, respectivamente, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación urgente, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 558.000 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 13 de julio de 2023, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se acuerda excluir la oferta de la entidad GRUPO CONSIDERA, S.L. El acuerdo anteriormente mencionado fue remitido a la citada entidad el 14 de julio.

SEGUNDO. El 4 de agosto de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad GRUPO CONSIDERA, S.L. (en adelante CONSIDERA o la recurrente) contra el citado acuerdo de exclusión.

Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 4 de agosto de 2023, se dio traslado del recurso al órgano de contratación recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que ha sido recibido en este órgano el 8 y 17 de agosto de 2023.

Mediante Resolución 88/2023, de 18 de agosto, se adoptó medida cautelar solicitada por la recurrente de suspensión del procedimiento de adjudicación.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que la Sociedad Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. es una sociedad mercantil creada por la Mancomunidad de Municipios de la Comarca del Campo de Gibraltar para la gestión directa de las actividades que constituyen su objeto social que tiene la consideración de poder adjudicador. En este sentido el órgano de contratación ha manifestado que no dispone de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación adoptado en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1.c) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento. Alegaciones de las partes.

Con objeto de centrar el debate procede ahora reproducir las actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación previas al acuerdo de exclusión de la recurrente que es la actuación objeto de recurso. La recurrente fue excluida mediante acuerdo de la mesa de contratación adoptado el 13 de julio de 2023 por la no acreditación de forma suficiente de la solvencia técnica y profesional exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Sobre lo anterior, en el anexo 10 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) se establecen los medios para la acreditación de la solvencia técnica y profesional requerida que quedan



establecidos en dos apartados, en el primero, se indica la forma de acreditar la solvencia de las empresas licitadoras y en el segundo se recoge la acreditación de la solvencia de la entidad propuesta para la adjudicación.

- Así respecto de los licitadores, la acreditación de la solvencia técnica y profesional se exige de la siguiente forma:

«Las empresas licitadoras deberán declarar en el DEUC a presentar que poseen solvencia técnica y profesional suficiente para la ejecución de este contrato.

La solvencia técnica y profesional mínima requerida para la ejecución de este contrato es:

a) Realización de al menos 2 campañas de concienciación y sensibilización en mancomunidades, consorcios o municipios de más de 50.000 habitantes, en los últimos cinco años.

O bien:

b) Realización de al menos 8 campañas de concienciación y sensibilización en mancomunidades, consorcios o municipios de más de 10.000 habitantes, en los últimos cinco años».

- Por otro lado, respecto de la entidad propuesta como adjudicataria, se señala:

«SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL.

La empresa propuesta para la adjudicación del contrato deberá acreditar su solvencia técnica y profesional mediante una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza, indicando el año, cuantía, entidad contratante y precio de adjudicación. Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación, los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente».

El 13 de julio de 2023, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se procede a la apertura del sobre A de las ofertas presentadas, respecto de la proposición de la recurrente, como se ha indicado, la mesa acuerda su exclusión con base en la siguiente fundamentación: *«El DEUC que presenta está completo y correctamente cumplimentado sin embargo la mesa de contratación estima que la solvencia técnica y profesional que aporta no es suficiente para la ejecución del contrato objeto de la presente licitación.*

La mesa enumera una relación de contratos realizados en los últimos cinco años pero con esto la mesa no considera acreditada una solvencia técnica suficiente en base a lo estipulado en el art. 90.2 de la LCSP, en el que se establece que, en defecto de haberse indicado expresamente los valores mínimos exigidos para los servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen objeto del contrato, el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución debe ser igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato. El importe anual acumulado de los contratos enumerados en el DEUC, en el año de mayor ejecución, son de cuantías muy inferiores al 70 por ciento de la anualidad media del contrato objeto de la presente licitación».

Pues bien, este es el acuerdo que impugna la recurrente.

1. Alegaciones de la recurrente.

La entidad manifiesta que en el sobre A de su proposición, presentó el DEUC en el que se detallaban las campañas de concienciación y sensibilización en mancomunidades efectuadas por CONSIDERA entre los años 2016 y 2023. A efectos del cumplimiento de la solvencia técnica y profesional mínima requerida, indicaba 11 campañas realizadas dentro de los últimos 5 años (2018-2023) tal y como, afirma, se exige en el pliego, y 2 campañas llevadas a cabo con anterioridad (2014-2016). De esas 11 campañas manifiesta que fueron realizadas en los últimos 5 años, al menos 9 en mancomunidades, consorcios o municipios de más de 50.000 habitantes.

Sobre lo anterior, la entidad manifiesta que CONSIDERA cumple sobradamente la solvencia técnica exigida en el PCAP. Argumenta, que es necesario en este punto distinguir la solvencia económica de la solvencia técnica y



profesional. Afirma que mientras que la primera se dirige a comprobar que la empresa adjudicataria cuenta con una capacidad financiera suficiente para cubrir gastos y obligaciones económicas, la segunda tiene por objetivo acreditar que la capacitación de la empresa, su experiencia, trayectoria y equipo humano son apropiados para ejecutar el contrato correctamente.

Manifiesta, que la solvencia técnica y profesional requerida está perfectamente definida en el pliego, ofreciendo dos posibles alternativas en función del número de campañas de concienciación y sensibilización efectuadas, y del número de habitantes de la mancomunidad, consorcio o municipio. Sin embargo, argumenta, en ningún caso se exige que dichas campañas tengan un importe determinado. Esto a su juicio resulta lógico, pues en este caso concreto el importe de las campañas es del todo irrelevante ya que, con independencia de lo que la licitadora ha cobrado con ellas, estas están dirigidas necesariamente, por su propia naturaleza, a la totalidad de los habitantes, y su realización demuestra la experiencia y conocimientos necesarios para llevar a cabo correctamente los servicios objeto del contrato.

Concluye sobre esta cuestión argumentando que en el presente supuesto no resulta de aplicación el artículo 90.2. de la LCSP, que resulta supletorio en el supuesto en el que el PCAP no regule los medios de acreditación de la solvencia, situación que no ocurre en el presente caso en el que manifiesta que sí se encuentran establecidos. Afirma, que en este supuesto el órgano no consideró necesario exigir un importe anual medio de los contratos, sino que utilizó otro parámetro de valoración; el número de habitantes del ámbito territorial en el que fueron realizadas las campañas. No puede admitirse, en consecuencia, que tras la apertura de los sobres se pretenda modificar las condiciones estipuladas ab initio.

La recurrente denuncia la conculcación de los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación. Sobre lo anterior manifiesta que de haberse previsto en los pliegos el requisito de solvencia que el órgano de contratación ha tratado de exigir extemporáneamente, ello implicaría que los licitadores tuviesen que acreditar que el importe anual acumulado de las campañas de concienciación y sensibilización efectuadas en mancomunidades, consorcios o municipios fuese, en el año de mayor ejecución, igual o superior a 290.600 euros. Teniendo en consideración que los contratos de este tipo licitados mediante el procedimiento abierto suelen ser escasos, tal exigencia limitaría la lista de posibles adjudicatarios a un número reducidísimo de empresas, sin existir justificación alguna para ello.

Fundamenta sus alegaciones aludiendo a diversas resoluciones de los órganos de resolución del recurso especial en materia de contratación y solicita que se estime su recurso y se retrotraigan las actuaciones para que se admita su propuesta y se continúe con el procedimiento.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En su informe al recurso tras recoger un resumen de las actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación y de los motivos de recurso aducidos por CONSIDERA procede a rebatir las resoluciones sobre las que se apoya la recurrente para fundamentar sus argumentos, manifestando que en definitiva no se ajustarían al presente supuesto. A su juicio, sí resulta de aplicación en la presente licitación el citado artículo 90.2 de la LCSP a fin de aplicar el valor mínimo del 70% de la anualidad media del contrato para que se consideren válidas las campañas presentadas por los licitadores a efectos de entender acreditada la solvencia técnica o profesional atendiendo al importe de las mismas, dado que en el PCAP no se especifica.

En este sentido alude al segundo apartado del anexo X del PCAP en el que se detalla la forma de acreditación de la solvencia técnica y profesional de la entidad propuesta como adjudicataria y en el que -como anteriormente se ha reproducido- sí se exige que en la relación de trabajos se indique el importe de los mismos. Asimismo,



procede a transcribir el DEUC en el que existe un campo previsto para rellenar el importe de los servicios prestados a efectos de la acreditación de la citada solvencia. A su juicio, la única forma lógica de interpretar el pliego es en la forma que lo hizo la mesa de contratación.

Considera que no ha habido conculcación del principio de transparencia dado que el criterio utilizado para la acreditación de la solvencia técnica o profesional se ha aplicado a todos los licitadores por igual y que los demás sí aportaron la documentación acreditativa con el valor mínimo requerido. Respecto de la conculcación de los principios de concurrencia y no discriminación afirma que la recurrente en realidad está realizando una impugnación indirecta de los pliegos. Asimismo, afirma que no ha habido restricción de la competencia en tanto que han existido otras cuatro licitadoras. Concluye afirmando que la exigencia del 70 % viene determinada en la propia LCSP por lo que, en ningún caso, puede afirmarse que los 290.600 euros a los que alude la entidad CONSIDERA son desproporcionados.

Por lo anterior solicita la desestimación del recurso.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia suscitada, que se centra en la comprobar si el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de la entidad recurrente por no alcanzar la solvencia técnica o profesional exigida en el PCAP fue correcta.

Como se ha indicado el órgano de contratación excluye a la recurrente al considerar que no dispone de la solvencia técnica o profesional exigida en el PCAP, así aunque la forma de acreditar la citada solvencia en el pliego es la siguiente: « *La solvencia técnica y profesional mínima requerida para la ejecución de este contrato es: a) Realización de al menos 2 campañas de concienciación y sensibilización en mancomunidades, consorcios o municipios de más de 50.000 habitantes, en los últimos cinco años. O bien: b) Realización de al menos 8 campañas de concienciación y sensibilización en mancomunidades, consorcios o municipios de más de 10.000 habitantes, en los últimos cinco años*» la mesa de contratación en aplicación del artículo 90.2 de la LCSP, entiende que al no haberse especificado un importe mínimo de las campañas realizadas, resulta de aplicación el citado precepto para los supuestos en los que en los pliegos no se especifiquen los medios de acreditación de la solvencia y los valores mínimos para su acreditación.

Efectivamente el artículo 90.2 de la LCSP establece que para el supuesto en el que no se fijen los medios y valores para la acreditación de la solvencia técnica o profesional en el contrato de servicios que: «*la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato*». Así, como decimos ante la ausencia de determinación del importe de los contratos -las campañas- en la graduación del requisito de solvencia la mesa de contratación considera que es de aplicación el 70% de la anualidad media del contrato, siendo así que como la documentación aportada por la recurrente en su oferta no alcanza el umbral indicado, según se manifiesta en el acta de la sesión de 13 de julio, la mesa de contratación decide excluirla del procedimiento de contratación.

Así se recoge en el acta de la sesión de 13 de julio de 2023, en el que en síntesis la mesa de contratación acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente dado que «*el importe anual acumulado de los contratos enumerados en el DEUC, en el año de mayor ejecución, son de cuantías muy inferiores al 70 por ciento de la anualidad media del contrato objeto de la presente licitación*».



Pues bien, como viene expresando la ya reiterada jurisprudencia (v.g Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 19 de marzo de 2001, entre otras) y doctrina tanto de este Tribunal (Resolución 340/2020, de 15 de octubre, entre otras muchas) como del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales, el pliego de condiciones constituye “ley entre las partes”, debiendo someterse a sus reglas no solo los licitadores sino también el propio órgano de contratación redactor de sus cláusulas. La citada doctrina viene señalando, en primer lugar, que tal consideración de los pliegos como ley del contrato no es sino expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, la buena fe y la prohibición de ir contra los actos propios y, en segundo lugar, que en la interpretación de los pliegos es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas. Lo contrario llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural e implicaría una vulneración del principio de seguridad jurídica y del principio de igualdad de trato.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que «Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)».

Aplicando esta doctrina al supuesto examinado nos encontramos con que en el anexo 10 del PCAP queda delimitado tanto el medio de acreditación de la solvencia técnica o profesional, los servicios realizados en los últimos 5 años, como los valores mínimos exigidos; bien 2 campañas en consorcios o municipios de más de 50.000 habitantes u 8 campañas en consorcios o municipios de más de 10.000 habitantes. En este sentido, este Tribunal considera que al presente supuesto no le resulta de aplicación el artículo 90.2 de la LCSP en la parte que se refiere al supuesto en el que no se establezca en el PCAP los medios de acreditación de la solvencia y los valores exigidos ya que como indicamos quedan claramente establecidos en el pliego.

Sobre lo anterior, la mesa no puede ahora modificar los requisitos establecidos en el PCAP para la acreditación de la solvencia, dado que como se ha indicado una vez que quedan firmes los pliegos vinculan a todas las partes incluido el órgano de contratación. En este sentido, las licitadoras, en este caso la recurrente, a la hora de tomar la decisión de participar en una licitación se atienen al contenido de los pliegos rectores del procedimiento y en este supuesto el PCAP no da relevancia a la hora de acreditar la solvencia técnica al importe de los contratos sino que se centra en la población de los municipios en los que se han prestado los servicios similares a los que se pretende contratar.

El órgano de contratación sostiene que la interpretación lógica del pliego es que los importes se debían tener en cuenta dado que en el PCAP se recoge en la acreditación de la solvencia técnica y profesional del licitador propuesto como adjudicatario, que este debe presentar una relación de los principales servicios realizados en el que debe figurar el importe de los mismos, o en el hecho de que en el DEUC se solicite el importe de los servicios realizados y que por ello, ante la ausencia de dicho importe mínimo, resultaría de aplicación el 90.2 de la LCSP en el sentido aplicado por la mesa de contratación.



Sin embargo, este Tribunal considera que ello no empece el hecho de que en el lugar del PCAP en el que se establecen los requisitos de solvencia no figura el importe como elemento a tener en cuenta para la acreditación y sí otros requisitos -destinatarios de los servicios- en el sentido anteriormente argumentado, por lo que no procede que la mesa de contratación pueda imponer un requisito no previsto en los pliegos para la acreditación de la solvencia técnica y profesional diferente al previsto de forma expresa en el PCAP, y que además, como en el presente supuesto, conlleve una restricción de la competencia en tanto que una licitadora quede excluida, por los motivos indicados, dado que los pliegos son ley entre las partes y el contenido del PCAP es suficiente claro y concreto en lo relativo al medio de acreditación de la solvencia técnica y profesional y los requisitos exigidos para su acreditación.

Por todo lo anterior, procede la estimación del recurso.

SÉPTIMO. Efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, debe llevarse a cabo anulando el acuerdo de la mesa de contratación de 13 de julio de 2023, respecto a la exclusión de la recurrente por la falta de la acreditación de la solvencia técnica y profesional, debiendo retrotraerse el procedimiento de licitación al momento inmediatamente anterior, a fin de que se admita la oferta de la recurrente; con continuación del procedimiento hasta la adjudicación, en su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO CONSIDERA, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 13 de julio de 2023, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Prestación de los servicios de diseño y ejecución de la campaña de concienciación y sensibilización para la implantación de la recogida separada de biorresiduos y restos de poda (fracción orgánica) en los municipios de Tarifa, San Roque y la Línea de la Concepción para la Sociedad Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA)» (Expediente 06-5-2023), convocado por la Consejería Delegada de Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA), para que se proceda según lo indicado en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal mediante Resolución MC 88/2023 de 18 de agosto de 2023.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

