



Recurso nº 97/2015 C.A. Illes Balears 11/2015

Resolución nº 212/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 6 de marzo de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. G.B.I., en nombre y representación de la mercantil GBI SERVEIS S.A.U, contra el acuerdo de la mesa de contratación del Ayuntamiento de Ibiza de 19 de enero de 2015 por la que se les excluye del procedimiento para la contratación de prestación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, selectiva y limpieza viaria y de playas del municipio de Ibiza, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ibiza de 27 de marzo de 2014, publicado en el Boletín Oficial de las Islas Baleares nº 50, de 12 de abril de 2014, el Ayuntamiento de Ibiza aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del procedimiento abierto de contratación para la prestación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, selectiva y limpieza viaria y de playas del municipio de Ibiza por un período de diez años prorrogables y un valor estimado de 93.920.139, 82 euros.

Segundo. El 19 de enero de 2015 la Mesa de Contratación procedió a la apertura de las proposiciones, acordando la exclusión del licitador recurrente por no reunir los requisitos de solvencia técnica al no haber acreditado la prestación de forma continuada de algún servicio de los requeridos, en los tres años anteriores a la fecha de la finalización del

plazo de presentación de ofertas por un importe mínimo acumulado durante los tres años de 19.500.000. Este acuerdo fue notificado a la recurrente el 23 de enero de 2015

Tercero. La licitadora excluida interpuso el 4 de febrero de 2015 recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la mesa de contratación del Ayuntamiento de Ibiza de 19 de enero de 2015 en el que se solicita la anulación de acuerdo de exclusión y la retroacción de las actuaciones al momento de apertura del sobre nº 2. Mediante otrosí solicita la suspensión de procedimiento de contratación.

Cuarto. El órgano de contratación emitió informe el día 6 de febrero de 2015, en el que considera procedente la desestimación del recurso.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores, para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, trámite que no ha sido evacuado por ninguno de ellos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.5 del TRLCSP, al ser el ente contratante una Administración Pública. En el Boletín Oficial del Estado de 19 de diciembre de 2012 se publicó el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares sobre la atribución de competencia en materia de recursos contractuales, que se firmó en virtud de lo previsto artículo 41.3 del TRLCSP.

Segundo. La empresa recurrente concurrió a la licitación, por lo que debe entenderse que está legitimada para la interposición del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El recurso se ha presentado en plazo, pues la resolución de exclusión fue notificada a la recurrente el día 23 de enero y el recurso se interpuso el día 4 de febrero

de 2015, por lo que ha sido interpuesto en el plazo de 15 días previsto en el art. 44.2 del TRLCSP.

Cuarto. Interpretación literal de la cláusula 9 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

El fondo del asunto versa sobre la interpretación de la cláusula 9 del PCAP, cuyo tenor es el siguiente:

“La solvencia técnica o profesional de los empresarios se apreciará teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, acreditada, según el objeto del contrato, por todos los medios siguientes, de acuerdo con el artículo 78 TRLCSP:

- Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años en la gestión de servicios públicos de recogida de residuos municipales así como de limpieza viaria que incluya importe, fechas y el destinatario, público, de los mismos de conformidad al anexo V. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario. En todo caso deberá acreditarse al menos un contrato de ésta naturaleza en los últimos tres años. Para determinar que se cumple dicha acreditación el licitador debe acreditar que ha gestionado, de forma continuada, algún servicio de los requeridos, en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, por un importe mínimo acumulado durante los 3 años de 19.500.000 € (...).”

La desafortunada redacción de la cláusula litigiosa genera dos interpretaciones posibles:

La sostenida por la empresa recurrente, según la cual “dicha suma puede acreditarse con más de un contrato, como parece desprenderse de una interpretación literal de la cláusula, que exige al menos un contrato de esta naturaleza en los últimos tres años” (página 3 de su recurso).

La del órgano de contratación, que argumenta que “debe acreditarse haber prestado al menos un contrato cuyo objeto sea alguno de los servicios objeto del contrato que se licita por importe acumulado de 19.500.00 euros, cifra que se corresponde con el presupuesto máximo acumulado del contrato que se licita multiplicado por tres ejercicios” (página 5 del informe del órgano de contratación).

Es doctrina reiterada de este Tribunal que pueden aplicarse para la interpretación de los pliegos los criterios interpretativos de los contratos contenidos en los artículos 1281 a 1287 del Código Civil. Por tanto, a ellos acudimos para venir en conocimiento de cuál fue la verdadera intención del pliego.

El art. 1281 del Cc establece que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

El Pliego determina que en todo caso deberá acreditarse al menos **un contrato** de ésta naturaleza en los últimos tres años. Y sigue diciendo que para determinar que se cumple dicha acreditación el licitador debe acreditar que ha gestionado, de forma continuada, **algún** servicio de los requeridos, en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, por un importe mínimo acumulado durante los 3 años de 19.500.000 €.

Para la adecuada interpretación y el correcto entendimiento de esta cláusula es preciso deslindar entre los conceptos de contratos y servicios. La solvencia técnica exigida por el pliego requiere dos condiciones:

- a) Una relativa a contratos: Al menos uno cuyo objeto sea alguno de los servicios objeto de este contrato. El numeral **uno** cuando va seguido de sustantivo adquiere la forma de **un**, indicando que es el **número mínimo de contratos que el licitador debe acreditar** haber ejecutado: uno.
- b) Otra relativa a servicios ejecutados: **Algún** servicio de los mencionados (son dos: recogida de residuos municipales **o** de limpieza viaria). El indefinido “algún” se refiere a cualquiera de los servicios requeridos, no al número de contratos de esta

naturaleza ejecutado en los últimos tres años, pues el número de contratos es como mínimo uno, pero cubriendo ese mínimo, pueden ser más.

Luego al amparo de la cláusula controvertida, los servicios ejecutados (alguno, bien recogida de residuos, bien limpieza viaria) pueden haberse prestado a través de un solo contrato (como mínimo) o de varios, siempre que el importe de prestación de estos servicios (no de este o estos contratos) supere acumuladamente 19.500.000 euros.

El órgano de contratación no acierta en la redacción de la cláusula ni en su interpretación, porque vincula la cuantía (19.500.000 de euros) al contrato, cuando es claro que la literalidad de la cláusula casa este requisito con los servicios y no con los contratos. Y los servicios, como hemos dicho, pueden haberse ejecutado mediante un contrato (como mínimo) o mediante varios.

Quinto. Interpretación de la cláusula 9 en el sentido más favorable a la concurrencia en la licitación.

Corresponde a la Administración contratante la determinación de las condiciones que debe reunir la oferta para considerarla adecuada a la necesidad de interés público que se pretende satisfacer con la ejecución del contrato, pero para ello la Ley, tomando como base una exigencia del derecho de la Unión Europea, que dispone que esta elección debe hacerse teniendo en cuenta en todo caso la necesidad de salvaguardar la libre concurrencia, por lo que prohíbe de forma expresa que las características técnicas de la prestación se definan de forma que se pueda apreciar discriminación o falta de transparencia. Ello exige que no se establezcan en las prescripciones técnicas características discriminatorias y al mismo tiempo que se formulen **con claridad suficiente como para que una simple lectura pueda hacerlas comprensibles de forma unívoca a los futuros licitadores.**

En la interpretación que de las normas que regulan los contratos públicos, como en la de las cláusulas de los contratos, ha de darse por ello preferencia a la aplicación de los principios comunitarios sobre la consideración del interés público a la hora de determinar el verdadero sentido de sus disposiciones. Esta circunstancia ha sido puesta de

manifiesto por este Tribunal en una serie de resoluciones, recogiendo un criterio doctrinal especialmente acertado, por todas, la nº 143/2012, de 4 de julio:

*“A este respecto conviene recordar que, como ya ha señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca la **garantía de la libre de concurrencia**. Ello, que aparece consagrado en nuestro TRLCSP de modo expreso en los artículos 1 y 139, tiene su origen en las diferentes Directivas comunitarias, y, en lo que respecta al momento actual, en la Directiva 2004/18/CE del Consejo y el Parlamento”.*

La interpretación sostenida por el órgano de contratación cercena la posibilidad de una real y efectiva apertura a la competencia en la prestación de los servicios:

- a) Se trata de servicios que sólo pueden ejecutarse en favor de entidades públicas, las competentes para la prestación del servicio público de limpieza.
- b) Le entidad contratante es un Ayuntamiento de gran dimensión, núcleo turístico de notable relevancia.
- c) El presupuesto del contrato es elevado.
- d) El objeto es complejo: recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, selectiva y limpieza viaria y de playas.

La interpretación de la cláusula litigiosa sostenida por el órgano de contratación sólo permite el acceso a la licitación de empresas que vengan ejecutando contratos de prestación de los mismos servicios y al menos de la misma cuantía, lo que reduce a unas pocas empresas la posibilidad acceso a la prestación de este servicio. Se excluye así de plano a empresas de menor dimensión que podrían prestar correctamente el servicio y que en un mercado competitivo deberían optar a ejecutar contratos de mayor presupuesto e importancia que los que vienen ejecutando.

Sexto. Interpretación de la cláusula de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, señala: *“Las condiciones de participación guardarán una relación y una proporción con la necesidad de garantizar la capacidad del concesionario de ejecutar la concesión, teniendo en cuenta el objeto de la concesión y la finalidad de garantizar una competencia real.”*

En el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, prevé: *“Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado. (...)”*.

Considera el órgano de contratación en su informe que sólo con un contrato similar se demuestra la auténtica capacidad para hacer efectiva, en las condiciones pactadas, la prestación en cuestión que se demanda por el ente contratante.

Como razonamos en nuestra Resolución 58/2015, de 13 de febrero, citando la Resolución nº 60/2011, de 9 de marzo: *“A los efectos de la afirmación realizada por el órgano de contratación, es necesario observar en primer lugar que la determinación de los niveles mínimos de solvencia deberá ser establecida por el órgano de contratación, si bien 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, sin olvidarnos de que los mismos deben estar vinculados al objeto del contrato**”*.

El enjuiciamiento sobre la proporcionalidad de las exigencias de solvencia es casuístico y ha de ser analizado en cada supuesto particular. No requiere esfuerzo argumental alguno la justificación de la importancia y trascendencia de la correcta ejecución de este tipo de contratos en grandes poblaciones, máxime cuando se trata de núcleos turísticos de relevancia internacional. Ahora bien, la exigencia de ejecución de un contrato del mismo

presupuesto acumulado en tres años, es decir, de un contrato similar, que según el órgano de contratación, es la única forma de acreditar la capacidad de ejecución de las prestaciones es excesivo y desproporcionado, atendiendo las circunstancias concurrentes (elevado presupuesto, objeto complejo, escaso número de contratos similares, limitado número de entidades que requieren estos servicios...).

Entiende este Tribunal que es razonable la exigencia de prestación anterior de servicios similares (recogida de residuos municipales o limpieza viaria) con el fin de que el licitador acredite o garantice su capacidad de gestión, que es la esencia en la prestación de este tipo de servicios. Pero no es proporcional, atendidos los condicionantes expuestos, que se exija la prestación de servicios por la misma cuantía.

Séptimo. Sobre la invocación de incumplimiento de la cláusula 10.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

Dispone esta cláusula, bajo la rúbrica “Reunión informativa”: “En el anuncio de licitación se fijará una fecha de reunión que estará presidida por el Sr. Concejale de Medio Ambiente asistido de funcionarios y/o asesores técnicos del Ayuntamiento y los posibles licitadores, y en la que se contestará a las preguntas de éstos en relación con las ofertas a presentar. No obstante, la respuesta a las preguntas formalizadas por escrito se harán públicas en todo caso en el perfil del contratante”.

Celebrada la reunión informativa, por Decreto de 26 de abril se ordenó la publicación de las respuestas en el perfil de contratante los días 6 y 12 de junio siguientes. Y por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento se dispuso que el término para efectuar las consultas finalizaría seis días naturales antes de la finalización del plazo para la presentación de las proposiciones.

Sin afirmarlo expresamente, el órgano de contratación en su informe sugiere que sólo las respuestas que se dieron en esa reunión informativa son vinculantes.

Ni el TRLCSP ni el PCAP justifican que en esta “reunión informativa” puedan establecerse criterios vinculantes para los licitadores. Bien es cierto que el artículo 131.2

del TRLCSP para el contrato de concesión de obra pública y el artículo 133.3 del mismo TR para el contrato de gestión de obra pública acogen la posibilidad de que el órgano prevea la facultad de los licitadores de solicitar al órgano de contratación aclaraciones sobre el contenido del pliego, cuyas respuestas tendrán carácter vinculante.

Estos preceptos no son aplicables al contrato de gestión de servicios públicos, sin que la analogía permita trasladar a él la regulación descrita, pues se trata de contratos diferentes, con objeto distinto, entre los cuales no existe una identidad de razón exigida por el artículo 4.1 del Cc que autorice la utilización de la interpretación analógica.

Además, aun admitiendo la aplicación de estos preceptos, el pliego no previó expresamente el carácter vinculante de las respuestas, por lo que su efecto ha de quedar reducido, como claramente refiere la rúbrica de la cláusula 10.3, al meramente informativo.

De lo dicho no puede deducirse en absoluto que el órgano de contratación incumpliera la cláusula 10.3 del PCAP, puesto que convocó la reunión informativa, recibió las preguntas y publicó sus respuestas en el perfil de contratante. Pero sí puede afirmarse que sus respuestas no fueron vinculantes, sino sólo informativas.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar totalmente el recurso interpuesto por D. G.B.I., en nombre y representación de la mercantil GBI SERVEIS S.A.U, contra el acuerdo de la mesa de contratación del Ayuntamiento de Ibiza de 19 de enero de 2015 por la que se les excluye del procedimiento para la contratación de prestación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, selectiva y limpieza viaria y de playas del municipio de Ibiza, declarando la nulidad del citado acuerdo y ordenando la retroacción del procedimiento al momento

previo a la exclusión de la ahora recurrente para que se proceda en los términos expuestos en esta resolución.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, 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.