



Expte.: 26/2014

ACUERDO 40/2014, de 25 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública presentada por don E.R.C., en representación de Olprim Ingeniería y Servicios S.A. frente al acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 17 de julio de 2014 por el que se le excluye de la licitación para el suministro e instalación de un aseo autolimpiable en el paseo Sandúa de Pamplona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12 de junio de 2014 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el procedimiento abierto para la contratación del suministro e instalación de un aseo autolimpiable en el Paseo Sandúa de Pamplona.

En el apartado H. del Cuadro de Características del Contrato (en adelante, CCC) se establecía lo siguiente en relación con la Solvencia Técnica: *“Para la acreditación de la solvencia técnica y profesional suficiente se deberá aportar: Una relación de los principales contratos que tengan por objeto servicios iguales o similares al del presente contrato, efectuados por el licitador, durante los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado: relación a la que se acompañarán justificantes de su realización emitidos por los destinatarios. Para acreditar la solvencia técnica, deberá acreditarse el suministro e instalación de, al menos, 5 aseos en los últimos tres años de características similares al del objeto del presente contrato.”*

SEGUNDO.- A la referida licitación concurren tres empresas que presentaron sus proposiciones en tiempo y forma: LORKE SYSTEMS S.L., PROYECTOS E

INSTALACIÓN DE MATERIAL URBANO S.A.U. (PRIMUR), y OLPRIM INGENIERÍA Y SERVICIOS S.A. (OLPRIM).

Por la Mesa de Contratación en acto interno, y con fecha 3 de julio de 2014, se procedió a la apertura de los sobres nº 1 (documentación administrativa). Tras el análisis y examen de la documentación presentada por OLPRIM, la Mesa consideró que la misma no era suficiente para acreditar la solvencia técnica mínima exigida para esta contratación.

Por ello, con fecha 4 de julio de 2014, se le envió requerimiento de subsanación para presentar la documentación acreditativa del suministro e instalación de al menos, 5 aseos en los últimos tres años de características similares al del objeto del presente contrato (aseos autolimpiables), debiendo aportar justificantes de la realización de los correspondientes contratos de suministro (originales, copias compulsadas o copias auténticas conforme a la legislación vigente).

TERCERO.- Con fecha 17 de julio de 2014, se reunió la Mesa de Contratación para revisar la documentación aportada por los licitadores en el trámite de subsanación. En el caso de OLPRIM se verificó por la Mesa que no se había procedido a subsanar conforme a lo requerido, *“pues lo que se presenta por el representante de la empresa es un escrito de alegaciones en el que solicita que se les admita a la licitación, y que se tenga por acreditada la solvencia técnica, aduciendo en síntesis que no cabe aplicar un criterio rigorista incompatible con la finalidad de favorecer una adecuada concurrencia entre empresas solventes, y que no cabe realizar una interpretación restrictiva en cuanto a la acreditación de trabajos que presupongan una capacidad técnica para acometer el proyecto”*. La Mesa consideró que no quedaba acreditada la solvencia técnica o profesional suficiente de esta empresa para ejecutar el contrato, *“pues debe advertirse que la propia licitadora expone que los servicios que presenta se encuentran todavía pendientes de ejecución durante este año 2014, por lo que no están finalizados, y no pueden presentarse por tanto justificantes acreditativos de la prestación de dichos servicios”*.

En consecuencia, la Mesa acordó excluir de la licitación a OLPRIM INGENIERÍA Y SERVICIOS S.A., por considerar que no reúne el nivel mínimo de solvencia técnica y profesional exigido en el Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares (PTCAP) y en el CCC.

CUARTO.- El día 21 de julio de 2014 el Secretario de la Mesa de Contratación notificó al interesado la exclusión del procedimiento. Dicha comunicación expone lo siguiente:

“La empresa OLPRIM INGENIERÍA Y SERVICIOS S.A. no subsana correctamente la documentación que le fue requerida, puesto que de la documentación aportada, se observa que no queda acreditada suficientemente la solvencia técnica o profesional (experiencia) para ejecutar el contrato, pues debe advertirse que la propia licitadora expone que los servicios que presenta se encuentran todavía pendientes de ejecución durante este año 2014, por lo que no están finalizados, y no pueden presentarse por tanto justificantes acreditativos de la prestación de dichos servicios. Asimismo la solvencia técnica requerida en el Pliego es la referente a los tres últimos años. Dado que no se han presentado como mínimo, cinco justificantes de dichos servicios realizados durante los tres últimos años, no queda acreditada la solvencia técnica para el presente contrato”.

QUINTO.- El día 30 de julio de 2014 don E.R.C., en representación de OLPRIM presentó reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra frente al acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 17 de julio de 2014 por el que se le excluye de la licitación para el suministro e instalación de un aseo autolimpiable en el paseo Sandúa de Pamplona, argumentando, en síntesis, que los medios exigidos para la acreditación de la solvencia técnica deben ser interpretados de forma no restrictiva para favorecer el principio de concurrencia, que en este caso entiende vulnerado al no haberse valorado positivamente la documentación que presentó a requerimiento de la Mesa de Contratación y que ha dado lugar a su exclusión del procedimiento. Considera que el umbral de experiencia a acreditar debe adecuarse a su periodo de existencia.

El día 30 de julio se solicitó a la reclamante la subsanación de la reclamación, lo que realizó correctamente el mismo día.

SEXTO.- El día 6 de agosto el Ayuntamiento de Pamplona completó la aportación del expediente del contrato objeto de reclamación junto con su escrito de alegaciones y el día 13 de agosto se dio trámite de audiencia a las partes interesadas.

Con fecha 14 de agosto PRIMUR presentó alegaciones en las que manifiesta su oposición a que el umbral de experiencia deba proporcionarse a la antigüedad de la empresa y defiende que los kioscos de playa donde se incorpora un inodoro convencional no deben considerarse suministros similares al del objeto del contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Pamplona, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.c) de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio de Contratos Públicos (LFCP), las decisiones que adopte en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos están sometidas a las disposiciones de la LFCP y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de uno de los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de diez días naturales previsto en el artículo 210.2.b de la LFCP.

CUARTO.- Se impugna el acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se decide la exclusión de OLPRIM del procedimiento de contratación, por considerar la

reclamante que existe infracción de las normas de concurrencia y transparencia en la licitación, lo cual está incluido entre los motivos tasados que el artículo 210.3.c) de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- La reclamación tiene por objeto la exclusión de la licitadora por no acreditar la solvencia técnica requerida para la ejecución del contrato de suministro e instalación de un aseo autolimpiable en el Paseo Sandúa de Pamplona.

Con carácter previo al análisis de las alegaciones de la reclamante procede recordar que la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y de solvencia, en sus distintas vertientes económica y técnica o profesional, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Así, las exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición “sine qua non”, cuyo incumplimiento justifica la exclusión del licitador del procedimiento.

Tanto el nivel de solvencia técnica requerido para la ejecución de este contrato, como el modo de acreditarla se encuentran recogidos en el apartado H del CCC, cuyo tenor literal consta en el Antecedente primero del presente Acuerdo.

Resulta oportuno recordar que, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia del TS de 29 de septiembre de 2009), los pliegos que rigen la licitación y ejecución de los contratos constituyen la ley de los mismos y tienen fuerza vinculante tanto para los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como para los órganos de contratación. Ello significa que de no haber sido impugnados en tiempo y forma y declaradas nulas algunas de sus cláusulas deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto en todo momento las que sean nulas de pleno derecho, circunstancia que no concurre en el presente caso.

Como consecuencia de ello, y puesto que ni el PTCAP de la licitación ni el CCC han sido impugnados, ni se ha declarado, por tanto, la nulidad de ninguna de sus cláusulas, son de plena aplicación.

SEXTO.- Entrando al fondo de la reclamación, OLPRIM alega la vulneración de principios generales de la contratación administrativa por el hecho de que el CCC exija como experiencia el suministro de 5 aseos en los tres últimos años. A este respecto, manifiesta que no puede acreditar experiencia de los tres últimos años, puesto que se constituyó en noviembre de 2012.

Considera que *“(...) de la aplicación de todos los principios inspiradores de la contratación pública, y la propia justicia material, no permiten exigir a una entidad de reciente creación que acredite unos trabajos que debería haber realizado antes incluso de su propia existencia como persona jurídica en el tráfico mercantil. Dicha exigencia, por tanto, debe adecuarse al periodo de existencia de OLPRIM, por lo que, con un año de existencia implicaría el suministro de 1,6 cabinas de aseo”*.

De conformidad con las directivas europeas, la adjudicación de los contratos del sector público ha de realizarse en dos fases: La primera de ellas exige verificar que los licitadores reúnen los requisitos de solvencia exigidos. Que disponen de la aptitud necesaria para la ejecución del contrato. La segunda consiste en la adjudicación del contrato conforme a los criterios de adjudicación previamente establecidos.

Por lo que se refiere a la primera de las fases, la solvencia o aptitud técnica del licitador para ejecutar el contrato según define el artículo 14 LFCP es la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del contrato, bien porque la empresa dispone de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes. Dicha solvencia es específica en cada contrato y debe ser adecuada y proporcionada al importe económico del contrato. A su vez, en los pliegos de los procedimientos abiertos cuando su valor estimado es inferior al umbral comunitario, el artículo 65 apartado c) ordinal 4º LFCP exige que se determinen los requisitos mínimos de solvencia. Por último, el artículo 126.2 LFCP sanciona con

nulidad de pleno derecho la adjudicación de un contrato a un contratista que carezca de solvencia técnica.

La Junta de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe 53/10, de 10 de diciembre, en el cual analiza la Guía sobre contratación pública y competencia, ha afirmado en relación con la exigencia de la acreditación de la solvencia que es un soporte fundamental del sistema de selección del candidato para la adjudicación del contrato que permite identificar cuáles son las empresas idóneas, constituyendo el acierto en su determinación y en su aplicación un importante beneficio para el órgano de contratación.

Corresponde al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia, correspondiendo también a aquél establecer los valores mínimos a partir de los cuales se entiende acreditada la solvencia y ello porque, en el caso de no fijar tales valores mínimos, la acreditación de la solvencia se convertiría en un mero formalismo que no garantizaría la correcta ejecución del contrato.

La experiencia como criterio de solvencia técnica en los contratos de suministros está expresamente admitida en el artículo 14.2.b de la LFCP que contempla como modo de acreditarla la *“relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante los tres últimos años en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado, avalada por cualquier prueba admisible en Derecho”*.

En este caso, el órgano de contratación ha considerado preciso que la solvencia se acredite con la justificación de que los licitadores disponen de experiencia anterior en 5 suministros similares y ni siquiera la propia reclamante ha cuestionado que la Administración contratante se haya excedido al hacerlo vulnerando el principio de proporcionalidad. Simplemente pretende que tal exigencia se adapte a sus circunstancias particulares habida cuenta de que se trata de una empresa de nueva creación.

Pero no existe disposición legal alguna que permita acomodar el nivel de solvencia requerido en los pliegos a las circunstancias particulares de cada licitador, pues ello implicaría una clara vulneración del principio de igualdad de trato. Procede recordar que, una vez aprobados, los pliegos vinculan también a la administración contratante, que no puede posteriormente señalar o permitir otros medios que no se recojan en los mismos.

Ahora bien, ello no implica, como parece interpretar la reclamante, que se “penalice” a las empresas de nueva creación impidiéndoles ofertar en condiciones de igualdad con los demás posibles licitadores, pues la propia LFCP, en su artículo 15, permite que se valore la solvencia económica y técnica del licitador por referencia a otras empresas, del modo siguiente:

“Para acreditar su solvencia los licitadores podrán basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas.

(...)

En el caso de que la solvencia se acredite mediante la subcontratación, el licitador deberá aportar un documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con los subcontratistas para la ejecución del contrato, sumándose en este caso la solvencia de todos ellos. Asimismo deberá acreditar, en la forma y condiciones establecidas en los artículos 13 y 14, que los subcontratistas disponen de los medios necesarios para la ejecución del contrato”.

El propio PTCAP, en su cláusula 6, recogía expresamente dicha previsión legal, a la que hubiera podido acogerse OLPRIM para suplir su falta de experiencia derivada de su reciente creación. Pero no lo hizo, optando por acreditar por sus propios medios la experiencia requerida pese a carecer de ella.

SÉPTIMO.- Entrando ya en el concreto examen de la exclusión por insuficiencia de la acreditación de la solvencia técnica, dos son las cuestiones que parecen desprenderse de la reclamación: la expresión “*suministros (...) de características*

similares al objeto del presente contrato” y la exigencia de que los suministros que se acrediten por los licitadores correspondan a contratos finalizados.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, aunque no lo dice expresamente, la reclamante parece considerar, erróneamente, que su exclusión se ha debido a haber aportado, como suministros similares a un aseo autolimpiable, unos kioscos que incluyen un módulo de aseo en su interior. Así, alega que “(...) *La cuestión pertenece, estrictamente, al campo de la interpretación de las normas jurídicas, en la medida que los pliegos configuran la ley del contrato*”. A continuación, tras aludir al contenido del artículo 3 del Código Civil, añade lo siguiente: “*No parece, sin embargo, que pueda inducir a error la redacción literal del PCAP ni de las normas administrativas aplicables, en el aspecto indicado, desde el análisis de la interpretación gramatical. Conforme al diccionario de la Real Academia, equiparable significa que se pueda equiparar y similar, que tenga semejanza o analogía con algo. De la propia literalidad de la cláusula del pliego, por tanto, se deduce, sin ningún género de dudas, una interpretación no restrictiva en cuanto a la acreditación de trabajos que presupongan una capacidad técnica para acometer el proyecto. Si se hubiera optado por una restricción total en ese sentido, se hubiera adoptado la fórmula de un suministro igual, no similar o equiparable*”.

A este respecto, en el trámite de audiencia la licitadora PRIMUR ha alegado que los kioscos de playa donde se incorpora un inodoro convencional no deben considerarse suministros similares al del objeto del contrato, dado que los aseos autolimpiables requieren “*la existencia de una electrónica de control, un software que lo comanda, un sistema de telecomunicación y unos mecanismos que gobernados por la lógica del sistema se accionan para lograr el funcionamiento de la autolimpieza. Nada de esto existe en el suministro de un simple inodoro convencional y por tanto no son obras similares*”.

Sin perjuicio de que no ha sido ese el motivo de exclusión de la reclamante, dada la discrepancia de opinión entre ambas partes, hay que dejar constancia de que no procede analizar en esta sede con un criterio técnico si los suministros acreditados por la

reclamante son similares o no al del objeto del contrato, pues la actuación de este Tribunal debe quedar limitada a cuestiones de legalidad. Tal y como ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 150/2013, de 18 de abril: *“Para apreciar la similitud entre el objeto de los servicios o contratos realizados y los que son objeto del contrato, toda vez que se trata de acreditar la solvencia técnica de la empresa, ha de atenderse a una valoración de las condiciones técnicas exigidas a aquellos trabajos comparándolos con las exigidas en el contrato objeto de licitación, atendiendo para ello a los pliegos de prescripciones técnicas toda vez que a ellos está reservado especificar las características técnicas que haya de reunir la realización de las prestaciones del contrato. (...) De otra parte, semejanza o similitud no es identidad, de modo que las prestaciones de unos y otro contratos comparados no han de identificarse completamente, sino que el examen ha de dirigirse a determinar si entre las prestaciones ya realizadas y las que son objeto de licitación existe el grado de semejanza necesario para concluir que la empresa que llevo a cabo aquellos trabajos tiene capacidad técnica suficiente para ejecutar las prestaciones del contrato licitado. En fin, el examen de la solvencia ha de realizarse por la mesa de contratación de acuerdo con aquellos criterios, de modo que es a ella a la que corresponde resolver sobre la suficiencia o insuficiencia de la documentación aportada para acreditar la solvencia técnica”*.

OCTAVO.- El verdadero motivo de exclusión de OLPRIM se basa en que los suministros que con los que pretende acreditar su solvencia no correspondían a contratos finalizados.

El requerimiento de subsanación efectuado por el Ayuntamiento de Pamplona en fecha 4 de julio de 2014, era del siguiente tenor: *“(...) la empresa con la documentación aportada no cumple con el mínimo de solvencia técnica exigido para esta contratación, pues únicamente declara que ha ejecutado un suministro de aseo autolimpiable en los últimos tres años. Asimismo se advierte que no aporta justificante, original o copia compulsada del mismo; y el justificante del contrato aportado no es sobre un aseo autolimpiable, sino un contrato de diseño, suministro e instalación de kioscos.*

Por ello, de conformidad con la cláusula 8ª del pliego tipo de suministros, ha de presentar para subsanar la documentación administrativa del sobre nº1 lo siguiente:

1º. Acreditar el suministro e instalación de al menos, 5 aseos en los últimos tres años (años 2011, 2012 y 2013 de características similares al del objeto del presente contrato (aseo autolimpiables).

2º. Justificantes acreditativos de la realización de dichos contratos, que deberán ser originales, copias compulsadas, o copias que tengan carácter de auténticas conforme a la legislación vigente”.

En este sentido, OLPRIM manifiesta en su reclamación que presentó justificación documental del suministro de una cabina de aseo para la Autoridad Portuaria de Baleares y de diez kioscos con módulos de aseo para el Consorcio de Maspalomas *que se hallan en proceso de fabricación*, así como de la relación de los medios técnicos y personales de los que dispone para acometer la ejecución del contrato objeto de licitación, por lo que considera que cumple con la solvencia suficiente para acometer el suministro e instalación de la cabina de aseo autolimpiable.

Por su parte, la entidad reclamada manifiesta que el apartado H del CCC exige que a la relación de suministros efectuados se acompañen justificantes de su realización emitidos por los destinatarios y que, a este respecto, OLPRIM presenta una fotocopia del contrato de “Diseño, Suministro e Instalación de Kioscos en las Playas de El Inglés y Maspalomas”, de 2 de abril de 2014, conforme al cual esta empresa se compromete a realizar el diseño, suministro e instalación de 10 kioscos que “habrán de ser entregados y estar instalados en un plazo de TRES MESES”.

Teniendo en cuenta que el plazo de presentación de proposiciones terminó el 30 de junio de 2014, resulta obvio que se trata de un contrato no finalizado a esa fecha, por lo que difícilmente hubiera podido presentar justificantes acreditativos de la prestación de dichos servicios como exigía el apartado H del CCC.

En definitiva, la actuación de la Mesa de Contratación excluyendo la oferta de la reclamante ha sido conforme a derecho.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública presentada por E.R.C., en representación de Olprim Ingeniería y Servicios S.A. frente al acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 17 de julio de 2014 por el que se le excluye de la licitación para el suministro e instalación de un aseo autolimpiable en el paseo Sandúa de Pamplona.

2º. Notificar el presente Acuerdo al reclamante, al Ayuntamiento de Pamplona y a los demás interesados que así figuren en la documentación del expediente y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 25 de agosto de 2014. EL PRESIDENTE, Fermín Casado Leoz. LA VOCAL, Sagrario Melón Vital. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.