

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 1029/2020

Recurso nº 775/2020

Resolución nº 1029/2020

En Madrid, a 28 de septiembre de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. D. I. M., en representación de SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A., contra los pliegos del procedimiento “Servicio de operación, mantenimiento y conservación de la Desaladora de Sagunto (Valencia) y su red de distribución”, expte. SV/22/20, convocado por Aguas de las Cuencas Mediterráneas, S. M. E., S.A. (ACUAMED), sin división del objeto del contrato en lotes y con un valor estimado del contrato de 4.423.699,92 € (IVA excluido); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La sociedad mercantil estatal de Aguas de las Cuencas Mediterráneas – ACUAMED- en su condición de poder adjudicador no Administración Público aprobó los pliegos rectores del contrato del “servicio de operación, mantenimiento y conservación de la Desaladora de Sagunto (Valencia) y su red de distribución” por acuerdo del Consejo de Administración celebrado el 25 de junio de 2020.

Segundo. Con fecha 17 de julio de 2020 se publicaron en el DOUE el anuncio y los pliegos rectores de la contratación. Al mismo tiempo, el anuncio y los pliegos fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 20 de julio del presente. El objeto del contrato se anunció sin división en lotes y con un valor estimado de 4.423.699,92 € (IVA excluido). El plazo máximo para la presentación de las ofertas quedó señalado hasta el 11 de septiembre de 2020, a las 14:00 horas.

Tercero. El procedimiento de adjudicación siguió los trámites que prescribe la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las

Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/34/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), propios del procedimiento abierto para un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

Cuarto. Disconforme la representante de la empresa SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A. (FACSA), con el contenido de los pliegos, con fecha 7 de agosto de 2020 presentó a través del registro electrónico del Ministerio de Hacienda el presente recurso especial contra los referidos pliegos, instando su anulación. Del mismo modo, instrumenta la solicitud de suspensión del acto impugnado como medida cautelar a adoptar por este Tribunal.

Quinto. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaria dio cumplimiento en primer lugar, a la medida cautelar solicitada. El 24 de agosto de 2020, la Secretaria General, por delegación del Tribunal dicta resolución de concesión de la medida provisional solicitada, consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Sexto. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP y 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 LCSP.

Segundo. La recurrente, dedica su objeto social a las mismas actividades prestacionales que constituyen el objeto del contrato; por lo que goza de legitimación para sostener sus pretensiones de nulidad de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

Tercero. La actuación impugnada se refiere a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada que supera el umbral del valor estimado del contrato fijado en el artículo 44.1, a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000 € y además el acto recurrido, los pliegos, se refiere a una de las actuaciones susceptible de revisión ex artículo 44.2, a) de la LCSP.

Cuarto. El recurso se ha de interponer dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50 de la LCSP. Del mismo modo, se han cumplido las demás exigencias procedimentales, sin perjuicio de lo que posteriormente se expondrá sobre el trámite de audiencia y vista del expediente en esta fase revisora.

Quinto. Sostiene la defensa de la mercantil impugnante que los pliegos son contrarios a Derecho en lo tocante a la configuración de la solvencia técnica o profesional.

En este sentido, se impugnan directamente la cláusula 7.2.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en relación con lo previsto por el apartado 12.5 del Cuadro Resumen, relativo a la acreditación de la solvencia técnica o profesional, en particular, en cuanto afecta al supuesto de concurrencia de varias empresas en una unión temporal

-en UTE -, exigiendo que cada empresa que concorra deba certificar, como mínimo, un contrato como el solicitado por los referidos pliegos, resultando, a juicio de la recurrente, dicha exigencia contraria a los más básicos principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia que rigen toda licitación pública.

De esta guisa, la defensa de la impugnante argumenta que: «Partiendo de las referidas previsiones recogidas en los Pliegos que rigen la licitación y, en particular, en cuanto afecta a la posible concurrencia en UTE, advertimos que el Pliego exige con claridad que:

“(…) la solvencia se alcanzará por acumulación debiendo cada empresa relacionar y certificar como mínimo un contrato o servicio como el solicitado”.

Si bien, conforme hemos visto igualmente, la citada cláusula 7.2.3, transcribiendo literalmente el art. 75 LCSP, contempla expresamente que los empresarios que concurren agrupados en UTE igualmente pueden recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la Unión Temporal, por lo que, no podemos más que dar por supuesto que el Pliego contempla expresamente la posible integración con terceros de la solvencia exigida, tanto concurriendo un único licitador como concurriendo en UTE, concretándose el objeto del presente recurso en la exigencia, en caso de concurrir en UTE, de acreditar, como mínimo, un contrato o servicio tipo como el solicitado (desalinizadora con proceso de ósmosis inversa de agua de mar con al menos una producción nominal de desalación de 15.000 m³/día y producción nominal por bastidor superior a 5.000 m³/día), para poder “acumular” solvencia con el socio o socios de la UTE.

Exigencia que, al margen de incongruente, estimamos que resulta contraria a los más básicos principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia que rigen toda licitación pública. Incidimos en la referida incongruencia por cuanto resultaría absurdo y contrario a ley que un licitador pueda concurrir en solitario, sin ostentar ningún contrato o servicio como el solicitado, integrando su solvencia con un tercero (que acreditaría

dichos 2 contratos) y, por el contrario, no pueda integrarlo con sus propios socios de la UTE, al exigirse para ello tener que disponer, necesariamente de 1 contrato como el requerido».

Con cita de varias Resoluciones de este Tribunal, la argumentación del recurso especial enfatiza que: «(...) a la hora de resolver sobre los criterios de acumulación de solvencia, sin perjuicio de que todo licitador deba acreditar un mínimo de solvencia propia, ese mínimo debe fijarse “con el criterio flexible de entender que la relación que tengan con el objeto del contrato pueda ser directa o indirecta ”con la única exigencia o requisito ineludible de que “ tengan una finalidad social al menos relacionada con el objeto del contrato” cuando, en el presente supuesto, contraviniendo dichas reglas, se exige imperativamente que todo posible licitador aun en UTE deba acreditar, sí o sí, como mínimo un contrato tipo específico de las características fijadas en los pliegos, esto es, desalinizadora con proceso de ósmosis inversa de agua de mar con al menos una producción nominal de desalación de 15.000 m3/día y producción nominal por bastidor superior a 5.000 m3/día, exigencia que, por las consideraciones expuestas, estimamos, absolutamente nula de pleno derecho».

En conclusión, viene a suplicar a este Tribunal la estimación del recurso con anulación del pliego en la parte de la cláusula referida, y retrotrayendo el procedimiento de contratación hasta el momento anterior a la elaboración de los pliegos, dando una nueva redacción a la cláusula impugnada que garantice la concurrencia de empresarios agrupados en UTE.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación, en el informe expedido por el Presidente de ACUAMED datado el 11 de agosto de 2020, se opone a las pretensiones anulatorias instrumentadas por la recurrente, considerando que se han cumplido las exigencias legales en la exigibilidad de un mínimo de solvencia técnica a las empresas concurrentes en UTE.

El informe de la Presidencia de ACUAMED se funda en la necesaria acreditación de un nivel mínimo de solvencia en las empresas que deseen concurrir en una unión temporal debido a la singularidad del contrato. En liza con tal singularidad, expresa que: «Las obras objeto del servicio, así como cualquier planta desaladora y su red de distribución, son instalaciones de gran importancia estratégica y de interés público, al ser piezas clave en la garantía de suministro de zonas altamente pobladas, con una potente actividad turística asociadas, localizadas en zonas con un elevado estrés hídrico y sometidas a recurrentes periodos de sequía, resultando estas instalaciones imprescindibles para garantizar el abastecimiento humano. Adicionalmente, son instalaciones asociadas a importantes inversiones, no solo en obra civil, sino también en equipos electromecánicos. Por ello se requiere de operadores que aporten solvencia técnica suficiente para asegurar la correcta operación y mantenimiento de las instalaciones. Este aspecto es crítico en cuanto a la operatividad de los equipos, su funcionamiento y la vida útil de los mismos, no pudiendo ser efectuados los trabajos por empresas que no dispongan de un mínimo de solvencia técnica, incluso en casos de UTE. Si los

trabajos fuesen efectuados por empresas sin la mínima solvencia técnica fijada en los pliegos, los activos de la sociedad podrían sufrir una depreciación importante por mala praxis en la ejecución del servicio. Asimismo, la operación y mantenimiento de este tipo de instalaciones, incorporan una importante carga de responsabilidad asociada a la necesidad de garantizar tanto la disponibilidad de la instalación en todo momento, como la calidad del agua producida (cumplimiento de la reglamentación sanitaria vigente en cada momento) y del vertido de salmuera (implicaciones ambientales del mismo).

Los posibles licitadores deben contar con experiencia en el desarrollo de contratos de operación y mantenimiento de desaladoras de similares características a la que se encuentra en licitación. Se entiende que este requisito es indispensable, ya que las particularidades de una instalación de desalación hacen que no sean suficientes referencias en la explotación de infraestructuras hidráulicas de bombeo, transporte y distribución de agua o tratamiento básico de agua, como pueden ser las plantas convencionales de potabilización y depuración de aguas residuales, dada la especificidad de la tecnología y el funcionamiento de las plantas desaladoras. Y esta solvencia es extensiva a los miembros de la UTE, ya que, en caso de situaciones excepcionales, deberán responder todos los integrantes de forma solidaria en relación con el cumplimiento de sus obligaciones (legales, ejecutivas, otras), no garantizándose dicha respuesta si no se cumplen las condiciones de solvencia mínimas que exigen este tipo de instalaciones. Una vez establecida la necesidad de contar con empresas que tengan experiencia en operación y mantenimiento de instalaciones de desalación, cabe indicar que la experiencia debe estar relacionada con plantas de tamaño mediano o grande, ya que esta experiencia se estima indispensable por diferentes motivos, uno de los más significativos es la capacidad de los bastidores de membranas, que en el caso de la desaladora de Sagunto cuenta con una capacidad de producción de 22.500 m³/día dividido en tres bastidores de ósmosis inversa. Dado que las plantas de osmosis inversa tienen la peculiaridad de ser modulares, se entiende relevante que las empresas concurrentes cuenten con experiencia en operación de plantas de cierta entidad. En el caso de la desaladora de Sagunto, se solicita que los licitadores al menos dispongan de dos contratos de desalación con una producción nominal de 15.000 m³/día y producción nominal por bastidor superior a los 5.000 m³/día. Este hecho determina el tamaño y especificidad de los principales equipos, como son los sistemas de bombeo de alta presión y recuperadores de energía».

En fin, pide la desestimación del recurso y la confirmación de la legalidad de la cláusula referida a la solvencia técnica pues a su juicio y trayendo a colación la doctrina de este Tribunal, «dado que la solvencia mínima exigida en caso de UTE es de un (1) contrato o servicio como el solicitado, es decir, el mínimo posible para tener algún tipo de solvencia, no hay duda de que dicho requisito es perfectamente compatible, incluso aclaratorio, con lo exigido por dicho TACRC, pues no es más que la concreción de ese mínimo exigido por el TACRC al pliego en concreto que nos ocupa, para lo que se exige, nada más, que efectivamente se acredite que se posea dicha solvencia a la que acumular otra, mediante la exigencia de una

participación del 50% si se ha adquirido en UTE, mínimo legal exigible para considerarse que se ha realizado propiamente por la citada empresa».

La Presidencia de ACUAMED concluye con la defensa de la legalidad de los pliegos, subrayando que 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, pero no con la especificidad exigida en la cláusula impugnada.

Séptimo. Sentado los términos del debate, el análisis de la cuestión pasa necesariamente por determinar si el tenor de dicha cláusula impugnada impide o no realmente el uso de la facultad de integrar la solvencia por parte de empresas que concurren en unión temporal, tal y como habilitan los artículos 69.6 de la LCSP y 24 del Real Decreto 1098/2001.

El tenor literal de la cláusula 7.2.1 del PCAP sobre la exigencia de solvencia indica:

«Los empresarios deberán acreditar los requisitos de económica y financiera [sic] y de solvencia técnica y profesional que se recogen en el apartado 12 del Cuadro-Resumen del presente Pliego».

El referido apartado 12.5 del Cuadro Resumen, al que se remite, especifica en lo relativo a la acreditación de la solvencia técnica o profesional que:

«La solvencia técnica o profesional de los licitadores se apreciará mediante la presentación de una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.

Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán en la forma establecida en el art. 90.1 a) de la LCSP, mediante certificados expedidos o visados por el Órgano competente (originales o con la documentación fehaciente que acredite disponer de ellos), cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del licitador.

En relación con los medios de acreditación señalados, se exigen al menos, las siguientes referencias:

Relación de, al menos, DOS (2) contratos que incluyan la operación y mantenimiento de desalinizadoras con procesos de ósmosis inversa de agua de mar con al menos una producción nominal de desalación de 15.000 m³/día y producción nominal por bastidor superior a los 5.000 m³/día.

En el caso de que las referencias presentadas correspondieran a contratos en ejecución, para que sean consideradas en esta licitación deberá haberse ejecutado un mínimo de 6 meses del plazo inicial del contrato. Además, el total de las referencias presentadas deberán acreditar una duración mínima ejecutada conjunta o por adición de 3 años. Ninguna de las referencias presentadas (tanto ejecutadas como en ejecución) ha de tener un plazo de ejecución inferior a 6 meses.

En casos de presentarse en UTE, la solvencia anterior se alcanzará por acumulación debiendo cada empresa relacionar y certificar como mínimo un (1) contrato o servicio como el solicitado. Adicionalmente, en caso de que los trabajos acreditados se hubieran realizado en UTE, el porcentaje de participación será igual o superior al 50%, para considerarse válida a efectos de acreditación.

Atendiendo al código CPV del contrato (65122000-0, Servicios de desalinización de aguas) indicado en el apartado 3 del presente Cuadro-Resumen, no existe equivalencia con ninguno de los grupos / subgrupos contemplados en la normativa vigente a efectos de clasificación».

Por otro lado, en lo que respecta a la integración de la solvencia con medios externos, la cláusula 7.2.3 del PCAP prevé que:

«Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.

En las mismas condiciones, los empresarios que concurren agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69 LCSP podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1.e) LCSP, o a la experiencia profesional pertinente, las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades.

El compromiso a que se refiere el párrafo anterior se presentará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 LCSP, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 140, todos ellos del mismo texto legal.

Cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre aquella entidad y las otras en la ejecución del contrato, incluso con carácter solidario.

En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera».

Sobre la acumulación de la solvencia técnica en uniones temporales, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse, entre otras, en Resoluciones 627/2018, 337/2016, 690/2015, 915/2014, 624/2013 ó 558/2013, todas ellas citadas por la nº 387/2019, de 17 de abril.

De la doctrina de este Tribunal trazada en el conjunto de dichas resoluciones pueden extraerse tres importantes consecuencias:

Primera, si el recurso a medios externos es posible cuando estos pertenecen a terceros extraños a la licitación, con más razón ha de admitirse esta posibilidad cuando se trata de medios propios de las empresas de la unión temporal.

Segunda, ahora bien, todo licitador, aunque se valga de medios externos o concurra en una unión temporal, ha de acreditar un mínimo de solvencia propia.

Y tercera, respecto de la solvencia técnica, es exigible asimismo a todos y cada uno de los componentes de la unión temporal, 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.

Aplicando tales circunstancias al caso que nos ocupa, consideramos que asiste la razón a la recurrente al entender que los Pliegos, al exigir la misma solvencia técnica con independencia de que el licitador concurra

aisladamente o en unión temporal, impiden el uso de la facultad de integrar cumulativamente la solvencia en este último supuesto.

En efecto, la citada cláusula 7.2.1 en relación con el apartado 15.2 del cuadro de características exigen que la solvencia técnica se acredite con una relación de, «al menos, DOS (2) contratos que incluyan la operación y mantenimiento de desalinizadoras con procesos de ósmosis inversa de agua de mar con al menos una producción nominal de desalación de 15.000 m³/día y producción nominal por bastidor superior a los 5.000 m³/día». Y en el caso de que las licitadoras decidan concurrir en UTE «la solvencia anterior se alcanzará por acumulación debiendo cada empresa relacionar y certificar como mínimo un (1) contrato o servicio como el solicitado. Adicionalmente, en caso de que los trabajos acreditados se hubieran realizado en UTE, el porcentaje de participación será igual o superior al 50%, para considerarse válida a efectos de acreditación».

Tal exigencia rompe la comunicación de las solvencias entre las empresas y ello con independencia de la forma en que decida concurrir un determinado licitador, aisladamente o en unión temporal. Pues bien, sin perjuicio de que se comparta la necesidad de que se exija una solvencia técnica mínima a cualquier licitador que concurra al procedimiento de contratación, lo que no puede admitirse es que la configuración de esa exigencia se haga de forma que sea única y global en sí misma considerada.

Dicho de otro modo, que su configuración impida, por ser única e igual en todo caso, que pueda complementarse acumulativamente a través de las capacidades de los diversos licitadores que participan agrupados en unión temporal. No resultaría incompatible con los preceptos antedichos que esa solvencia técnica se configurase basándose en referencias o parámetros que permitan establecer un mínimo común a todo licitador con independencia de la forma en que concurra, pero que adicionalmente sí permitan integrarla de forma cumulativa. Pero desde el momento en que sólo se establece a apriorísticamente de forma única y cerrada, sin permitir esa combinación acumulativa, se está contraviniendo el sistema de integración de capacidades que regulan esos artículos 69.6 de la LCSP y 24 del Real Decreto 1098/2001.

Pero, además, independientemente de que formalmente inhabilite ese sistema de integración de la solvencia, se deriva en una consecuencia de mayor trascendencia, cual es el vetar la participación de posibles licitadores que aisladamente no reúnen esa capacidad técnica, pero si podrán alcanzarla en unión con otros.

Es por ello que se estima que debe anularse la cláusula 7.2.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como el apartado 15.2 del cuadro de características, a fin de que por parte de la Administración contratante lo configure estableciendo la solvencia técnica mínima que considere oportuna y necesaria, pero sin vetar la posibilidad de que la misma pueda ser integrada por la suma o acumulación de capacidades en el caso de que la concurrencia de varios licitadores agrupados en una unión temporal.

Lógico corolario de todo lo anteriormente expuesto nos conduce a la estimación del recurso especial, con anulación de la cláusula impugnada referida a la acreditación de la solvencia técnica o profesional para las empresas que deseen concurrir en UTE.

VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha
ACUERDA:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. D. I. M., en representación de SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A., contra los pliegos del procedimiento “Servicio de operación, mantenimiento y conservación de la Desaladora de Sagunto (Valencia) y su red de distribución”, expte. SV/22/20, convocado por Aguas de las Cuencas Mediterráneas, S. M. E., S.A. (ACUAMED), declarando la nulidad de la cláusula impugnada.

Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento de contratación hasta la resolución de los recursos posteriores vinculados sobre el mismo procedimiento.

Tercero. 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 58.2 de la LCSP.

Esta Resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1, f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.