



Recurso nº 368/2019 C.A. Cantabria 14/2019

Resolución nº 625/2019

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

En Madrid. a 6 de junio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. O. P. L., en nombre y representación de INGESER ATLÁNTICA, S.L. contra el anuncio de licitación y los pliegos del contrato de los *“Servicios de operación y mantenimiento de la EDAR de San Román de la Llanilla y de las instalaciones de saneamiento en alta asociadas y, proyecto y obras de mejora de la EDAR”*, con expediente 201900011, licitado por la sociedad mercantil pública MEDIO AMBIENTE, AGUA, RESIDUOS Y ENERGÍA DE CANTABRIA S.A. (MARE), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 28 de febrero de 2019 se acordó el inicio del expediente de contratación de *“Servicios de operación y mantenimiento de la Estación depuradora de Aguas residuales de San Román de la Llanilla y de las Instalaciones del Sistema de Saneamiento en Alta Asociadas y Proyecto, y Obras de Mejora en la EDAR”*.

El valor estimado del contrato asciende a 19.126.597,37 €.

Segundo. El 8 de marzo de 2019 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, así como los pliegos de cláusulas administrativas (PCAP) y prescripciones técnicas (PPT) del Contrato de los servicios de operación y mantenimiento de la EDAR de San Román de la Llanilla y de las instalaciones de saneamiento en alta asociadas y, proyecto y obras de mejora de la EDAR (Expediente: 201900011). En la misma fecha fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público la Memoria justificativa de la contratación.



En la Memoria Justificativa de contratación se hace constar que en la actualidad existe un contrato, suscrito el 30 de octubre de 2008 con la UTE EXPLOTACIÓN EDAR SANTANDER (actualmente INIMA WATER SERVICES – SUEZ), para la prestación de los servicios de explotación, mantenimiento y conservación de la EDAR San Román de la Llanilla y de sus instalaciones complementarias del saneamiento en alta, por un periodo de ocho años a contar desde el 3 de noviembre de 2008; si bien con fecha 31 de diciembre de 2011 se formalizó una prórroga por la cual se ampliaba el plazo de ejecución en dos años, finalizando su vigencia el 2 de noviembre de 2018.

En septiembre se solicitó una prórroga del contrato por un máximo de seis meses, hasta el 2 de mayo de 2019, o hasta la formalización de un nuevo contrato.

Atendiendo a las características del servicio y el valor estimado del contrato, se propone en la Memoria justificativa su licitación mediante un procedimiento abierto.

En cuanto a la necesidad de la contratación, se ha constar que es preciso realizar una actuación de mejora global del proceso de tratamiento del agua residual en la EDAR, para dar cumplimiento con garantías a la autorización de vertido. Señala que *«las alternativas presentes en el mercado incluyen paquetes tecnológicos cuyos diseños están patentados por los diferentes fabricantes, con unas determinadas características, comportamientos, rendimientos... Por lo tanto, con los programas de simulación de ámbito profesional existentes en el mercado que han sido utilizados por el GIA, podría existir alguna pequeña incertidumbre en los resultados obtenidos en las modelizaciones, siendo posible que técnicamente no haya sido posible obtener el grado máximo de fiabilidad que este estudio merece. Además, es importante recordar que la selección de una u otra tecnología y/o alternativa llevará asociados unos costes de ejecución, explotación y/o mantenimiento diferentes»*.

Por todo ello, concluye que es necesario licitar de forma conjunta el proyecto constructivo de las actuaciones de mejora y la ejecución de las obras.

En concreto, señala en su punto 7, que *«Se considera apropiado que se contemple un único lote para la ejecución de este contrato ya que se refiere a un servicio de operación*



y mantenimiento del sistema de saneamiento completo, en el cual el funcionamiento de las distintas instalaciones asociadas está interrelacionado».

Asimismo, en el punto 10, continúa indicando que *«A la fecha de inicio de este expediente no se conocen otras necesidades de características o especificaciones similares que pudieran ser objeto del presente contrato, por lo que se considera justificado el no fraccionamiento del mismo».*

Tercero. Con fecha de 28 de marzo de 2019, se presentó por medio del Registro Electrónico Común del Gobierno de Cantabria escrito por el que se anuncia la presentación de recurso especial en materia de contratación contra el Anuncio de licitación y los Pliegos del contrato de servicios.

El recurso se articula esencialmente sobre la base de los siguientes motivos:

- Unificación artificiosa de prestaciones: vulneración del principio de igualdad de trato y efecto desincentivador de la competencia. Indica que no resulta procedente la fusión de las prestaciones de ambos contratos, obras y servicios, y tal unificación de prestaciones le causa un perjuicio concreto, al no permitirle el acceso a la licitación por no alcanzar el volumen de negocio requerido. Añade que tal posible división viene avalada por la viabilidad de la subcontratación, que se permite en un porcentaje del 100 %.
- Falta de motivación de la fusión de prestaciones. En el apartado 5 de la memoria justificativa, según indica la recurrente, la entidad contratante sólo justifica el motivo por el cuál licita conjuntamente el proyecto y la ejecución de las obras del proyecto de mejora de la EDAR de San Román, sin hacer mención alguna sobre la fusión de las prestaciones correspondientes con la operación y mantenimiento de la EDAR y el proyecto y obra de mejora de la EDAR, pese a que no tienen unidad funcional y no se ha justificado en el expediente dicha configuración.
- Ausencia de justificación de la no división en lotes del contrato. A este respecto, continúa precisando la recurrente, a la vista de la memoria justificativa, se puede constatar que la justificación para la no división en lotes se limita, única y exclusivamente, a los motivos por los que no procede la división en lotes de la prestación del servicio de



operación y mantenimiento del sistema de saneamiento, omitiendo por completo los motivos por los que no se ha dividido el contrato en lotes en relación con la elaboración del proyecto y ejecución de las obras de la EDAR de San Román. Además, dice, si esto fuera así, la subcontratación relativa a la prestación de la elaboración del proyecto y ejecución de las obras hubiera sido, al menos, limitada, cosa que, según afirma la recurrente, aquí no ocurren, dado que se puede subcontratar en su totalidad.

- Vulneración de los principios de igualdad de trato, no discriminación y libre concurrencia en relación con la solvencia técnica. Señala que la agrupación de prestaciones tan diferentes en un mismo contrato sin delimitación de lotes limita la competencia y favorece a un número muy reducido de empresas. Denuncia que la entidad adjudicadora incumple el criterio doctrinal consolidado por este Tribunal, respecto a la exigencia de solvencia técnica específica y distinta en función de las distintas prestaciones que integran el contrato, pues se debería exigir únicamente la del contrato al que corresponda la prestación más importante del contrato mixto.

- Contradicción en el establecimiento de la duración del contrato y oscuridad del anuncio de licitación y PCAP. En el anuncio de licitación y cuadro de características se señala la duración del contrato en un periodo de 5 años, mientras que la Cláusula 1.6 del PCAP contradice dicho plazo, estableciendo uno de 6 años como consecuencia de las dos prórrogas – de 6 meses cada una- lo que supone elevaría la duración del contrato a 6 años.

- Incumplimiento del plazo máximo de duración del contrato. La previsión de dos posibles prórrogas de 6 meses cada una que lleva a cabo la Cláusula 1.6 del PCAP conculca la duración máxima de los contratos de servicios, incluidas las prórrogas, que asciende a 5 años

- Infracción a la hora de establecer los criterios de adjudicación del contrato relativo al proyecto de obras de la EDAR. A la vista de los criterios de adjudicación del Anexo e) del PCAP, se puede advertir que no se estaría cumpliendo con el requisito de la existencia de que los criterios de calidad representarán, como mínimo, un 51%, dado que la oferta



económica supone 15 puntos y la solución técnica adopta al proyecto de ejecución se le atribuyen 13 puntos, es decir, menos del 50%.

Se indica que la Memoria Justificativa pone de relieve las siguientes deficiencias del expediente de licitación:

- Ausencia de justificación de los motivos por los que procede fusionar las prestaciones de elaboración del proyecto y ejecución de obras de la EDAR junto con la prestación del servicio de operación y mantenimiento de la EDAR. Sólo se justifica la fusión de las prestaciones consistentes en la elaboración del proyecto constructivo de las actuaciones de mejora y la ejecución de las obras de la EDAR.
- Ausencia de motivación de la falta de división del contrato en lotes en relación con las prestaciones de elaboración del proyecto y ejecución de obras de la EDAR. Sólo se motiva por qué no procede la división en lotes respecto a la prestación de operación y mantenimiento de la EDAR.

Cuarto. Con fecha de 3 de abril de 2019 se emite informe en relación al recurso interpuesto por parte del órgano de contratación, destacando lo siguiente.

En primer lugar, en cuanto a la legitimación del recurrente, se niega expresamente que ostente tal condición, porque entiende que no se ha cumplido con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), pues los derechos o intereses legítimos del recurrente no se han visto lesionados de manera directa o indirecta por las decisiones objeto de recurso. Destaca el órgano de contratación que el recurrente en ningún caso podría haberse presentado al concurso ni aun en el caso de que MARE hubiera licitado por separado el contrato de servicio y el contrato de obras. Indica que la recurrente inició su actividad en el ejercicio 2015 y de la observancia del importe neto de cifra de negocios se extrae la conclusión de que el recurrente no podría haberse presentado al concurso, al carecer de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional que se hubiera tenido que exigir, sin que nada le impida presentarse en UTE, o mediante la integración de la solvencia con medios externos.

En segundo lugar, resume los motivos aducidos por el recurrente en los siguientes:

- Unificación artificiosa de prestaciones y ausencia de motivación de la no división en lotes del contrato. En este punto, el recurrente reconoce la duración y complejidad de las obras a ejecutar, lo que considera el órgano de contratación que se incrementaría si un tercero, ajeno por completo al contrato de operación y mantenimiento de la EDAR ejecutase la obra sin depender (como sí sucedería en el caso de un subcontratista) de un contratista principal que es el que respondería ante el poder adjudicador. Es de aplicación el artículo 34.2 de la LCSP, ya que las prestaciones se encuentran vinculadas entre sí, de forma directa, compartiendo espacio físico y mantienen relaciones de complementariedad, de modo que la obra ha de adecuarse a la operación para no interrumpirla. También resalta el órgano de contratación la aplicación del artículo 99.3 b) de la LCSP, en cuanto que prevé la imposibilidad de división en lotes por razón de la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones. Finalmente, alude a la discrecionalidad técnica para decidir acerca de la división o no en lotes del objeto del contrato.
- Exigencia de solvencia para ambas prestaciones (servicios y obras). Indica a este respecto que en contratos como el aquí licitado es necesario requerir la correspondiente clasificación, por ser un contrato de valor estimado superior a 500.000 euros, y hacer lo contrario supondría un incumplimiento flagrante de la LCSP.
- Duración del contrato. Respecto a la duración, entiende el órgano de contratación que queda claro que es de cinco años. La previsión de las posibles prórrogas quedaba condicionada a que así se hubiera fijado en el pliego, lo que no ha sido así.
- Criterios de adjudicación del contrato en relación a la elaboración del proyecto de obras. Explica el informe que se reparten 15 puntos de la oferta económica del proyecto y obra, siendo la cuantía del proyecto un 3% del importe de la obra. Por lo tanto, los criterios de calidad sometidos a juicio de valor son prácticamente los únicos escogidos para valorar el proyecto de obra, siendo el precio el escogido para valorar la ejecución de la obra.

Quinto. Solicitada en el escrito de interposición del recurso la adopción de medidas provisionales, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP,



consistentes en suspender el procedimiento de contratación, ésta es acordada por la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, con fecha de 22 de abril de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y la Resolución de 5 de diciembre de 2012, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. En lo que se refiere a la legitimación para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, ésta se atribuye a *«cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso»*.

La recurrente no ha tomado parte en la licitación del contrato, si bien se ha certificado que en el momento de la remisión del expediente no había finalizado el plazo para presentar ofertas. Este Tribunal ha tenido ocasión de examinar supuestos en que se discute el alcance de la legitimación cuando el recurrente no ha intervenido en la licitación y se ha manifestado a favor de entender la legitimación como un especial vínculo con la finalidad del recurso especial, que resulta necesario acreditar.

Asimismo, ha subrayado como argumento fundamental a favor de la admisión del recurso, el principio *“pro actione”*, que en el ámbito subjetivo en el que nos encontramos se traduce en un criterio de *“in favor legitimationis”*, de manera que, en principio, debe de partirse de la base de que, como norma general, ante la duda, debe ser reconocida legitimación en el recurrente, tendente a admitir el recurso de que se trate.

Procede traer a colación la doctrina contenida en la resolución nº 347/2018 6 de abril de 2018 en la que de forma expresa apuntábamos:



«Si bien, incluso en estos casos de reconocimiento de legitimación amplia, siempre resulta necesario acreditar el beneficio de índole material o jurídica, o la evitación de un perjuicio, afectado por la resolución del recurso, acordando el Tribunal la inadmisión del mismo, en caso contrario. Es decir, lo relevante a efectos de que exista esta legitimación es que exista un interés directo o indirecto con el resultado del recurso especial, de manera que la actuación impugnada pueda repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y no simplemente de forma hipotética o previsible».

En todo caso dicha resolución destaca:

«Así como vemos, en los casos en los que una entidad no ha sido parte en un previo procedimiento de licitación, pero el objeto de ese recurso es alguna cláusula del pliego que la rige, y a la vista del contenido de la cláusula que impugna, en la medida en que ese contenido puede limitar su acceso a la licitación, este Tribunal entiende que la mercantil recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso especial».

Desde esta óptica, y dado que lo que precisamente viene a impugnar la recurrente son cláusulas que, a su juicio, limitan su participación en el procedimiento de licitación, procede, en esa medida, considerar que concurre la precitada legitimación, siguiendo la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 (Roj STS 4465/2005).

Tercero. El recurso se interpone frente al Anuncio de Licitación y los Pliegos del Contrato de los servicios de operación y mantenimiento de la EDAR de San Román de la Llanilla y de las instalaciones de saneamiento en alta asociadas y, proyecto y obras de mejora de la EDAR (Expediente: 201900011) cuyo valor estimado asciende a 19.126.597,37 €, siendo por tanto dicha cuantía superior a la exigida en el artículo 44.1.a) de la LCSP para los actos recurribles.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50 LCSP.



Quinto. Procedemos, pues, al examen concreto y valoración de las alegaciones formuladas por la entidad recurrente en relación al Anuncio y Pliegos de la Licitación, en el orden en que las mismas son formuladas en su detallado escrito de recurso.

- Unificación artificiosa de prestaciones: vulneración del principio de igualdad de trato y efecto desincentivador de la competencia. Falta de motivación de la fusión de prestaciones.

Indica que no resulta procedente la fusión de las prestaciones de ambos contratos, obras y servicios, y tal unificación de prestaciones le causa un perjuicio concreto, al no permitirle el acceso a la licitación por no alcanzar el volumen de negocio requerido. Añade que tal posible división viene avalada por la viabilidad de la subcontratación, que se permite en un porcentaje del 100%.

En este punto, por tanto, ha de examinarse en cuanto al fondo si la unificación de las prestaciones bajo un único contrato es admisible a la luz de los requisitos exigidos. El artículo 18 establece:

«Se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. Únicamente podrán celebrarse contratos mixtos en las condiciones establecidas en el artículo 34.2 de la presente Ley».

El artículo 34.2, por su parte, precisa lo siguiente:

«2. Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante».

En el apartado 5 de la memoria justificativa destaca la recurrente que la entidad contratante sólo justifica el motivo por el cuál licita conjuntamente el proyecto y la ejecución de las obras del proyecto de mejora de la EDAR de San Román, sin hacer mención alguna sobre la fusión de las prestaciones correspondientes con la operación y

mantenimiento de la EDAR y el proyecto y obra de mejora de la EDAR, pese a que no tienen unidad funcional y no se ha justificado en el expediente dicha configuración.

Comenzando con los requisitos que establece el precepto mencionado, cabe señalar que los dos elementos fundamentales que contiene son: la existencia de prestaciones que estén directamente vinculadas entre sí, por un lado, y por otro, a esa vinculación debe añadirse un elemento como es que esas prestaciones vinculadas puedan calificarse como complementarias, de modo que deban tratarse como una unidad funcional y que estén dirigidas a satisfacer una necesidad propia del órgano contratante.

Esta vinculación ha de entenderse en sentido material, no meramente subjetiva ni formal. Por lo tanto, las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas.

Esta doctrina sobre los contratos mixtos se encuentra en línea con el criterio expuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), recogido en el asunto Club Hotel Loutraki y otros [Sentencia de 6 de mayo de 2010, C 145/08, Rec.p.I- I04165, apartado 48]. Según el TJUE: *«Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en el caso de un contrato mixto cuyas distintas estipulaciones están ligadas inseparablemente y forman, por lo tanto, un todo indivisible –con arreglo a lo indicado en el anuncio de licitación–, la operación en cuestión debe examinarse en su conjunto de forma unitaria a efectos de su calificación jurídica y debe valorarse con arreglo a las normas por las que se rige la estipulación que constituye el objeto principal o elemento preponderante del contrato»*.

Compartimos el razonamiento que lleva a la Administración a considerar que en este caso tal fusión resulta más conveniente a los intereses públicos, en cuanto que, razona, el objetivo pretendido de conseguir la menor interferencia sobre la operativa de la EDAR es más operativa la designación de una misma persona como responsable de la obra y como responsable de la operación y mantenimiento de la instalación, además de la duración y complejidad de las obras a ejecutar. En este sentido, se razona por el órgano de contratación que se incrementaría dicha duración y complejidad si un tercero, ajeno

por completo al contrato de operación y mantenimiento de la EDAR ejecutase la obra sin depender (como sí sucedería en el caso de un subcontratista) de un contratista principal que es el que respondería ante el poder adjudicador. A nuestro juicio, se cumple con los requisitos previstos en el artículo 34.2 LCSP, pues ambos contratos se proyectan sobre el mismo espacio físico y mantienen relaciones obvias de complementariedad.

Tampoco ha ofrecido el recurrente un razonamiento sólido que nos permita concluir que tales prestaciones se ejecutarían de forma más eficiente por separado. A la vista de este razonamiento, ha de desestimarse la pretensión del recurrente

- Ausencia de justificación de la no división en lotes del contrato. A este respecto, la doctrina general de este Tribunal se sintetiza en la Resolución nº 813/2018 que determina que:

«En cuanto al nuevo régimen legal previsto sobre la división del contrato en lotes, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, en Resolución 124/2018, de 25 de abril, señala que la decisión de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión discrecional del órgano de contratación pero sujeta a control, y en este control se debe partir de que el criterio general en la nueva LCSP, como explica en su preámbulo, es “Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas (...))”. A diferencia de lo que se establecía en el artículo 86.3 del TRLCSP, la nueva LCSP en el artículo 99 precisa “2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. 3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta. No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras. En todo caso se

considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes: a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia. B) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”. Por su parte, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en Resolución 189/2018, de 19 de junio, indica, en relación con el artículo 99 LCSP, que “si bien la regla general en nuestra normativa contractual había sido la unidad del objeto debiendo justificarse en el expediente el fraccionamiento en lotes (artículo 86 del TRLCSP), el sistema se invierte en la nueva LCSP por aplicación de la Directiva antes mencionada, como medida para favorecer la concurrencia de las PYMES en la contratación pública, de modo que el órgano de contratación deberá dividir el objeto salvo que justifique válidamente en el expediente los motivos que determinen la no división”. Acogiendo la doctrina de los Tribunales citados, se ha de hacer especial énfasis en que el artículo 99.3, apartado primero, de la nueva LCSP, señala: “Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, [...]”. De lo dicho se desprende con claridad que la división en lotes, si bien es la regla general como ya se ha indicado, no se impone para todos los contratos, pues debe permitirlo la naturaleza o el objeto de estos. La naturaleza y el objeto operan como condición previa para que se acuerde la división en lotes. A su vez, y dada dicha condición previa, atendiendo a la naturaleza y el objeto del contrato a licitar, se habrá de exigir necesidad de justificar la no división con mayor o menor rigor según las circunstancias que concurran en cada expediente de contratación».

En el presente supuesto, se ha justificado por el órgano de contratación el motivo por el que considera que no es conveniente la división en lotes del contrato, atendiendo a la naturaleza de las prestaciones objeto del contrato, que requieren de una dirección unitaria, a los efectos de garantizar la coordinación del mismo. En este punto, la recurrente se ha limitado a señalar los efectos negativos que a su juicio se producen en relación a la posible restricción de la competencia, pero sin argumentar en concreto por qué es más conveniente la división en lotes frente a una ejecución unitaria. En todo caso, el órgano de contratación ha justificado motivadamente la no división, a los efectos previstos en el artículo 99 LCSP, razón por la cual procede igualmente la desestimación de este segundo motivo de impugnación.

- Vulneración de los principios de igualdad de trato, no discriminación y libre concurrencia en relación con la solvencia técnica. Denuncia que la entidad adjudicadora incumple el criterio doctrinal consolidado por este Tribunal, respecto a la exigencia de solvencia técnica específica y distinta en función de las distintas prestaciones que integran el contrato, pues se debería exigir únicamente la del contrato al que corresponda la prestación más importante del contrato mixto.

Es cierto que no procede exigir una determinada clasificación al licitador, y además, cumulativamente, la solvencia por otros medios, pues se tratan de exigencias alternativas, siendo exclusivamente necesaria la clasificación, de conformidad con lo preceptuado en el art. 74 LCSP, «...cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley».

En este caso, se hace referencia, de un lado, a la «clasificación a efectos sustitutorios de la acreditación de la solvencia» y, por otro lado, se exige una clasificación específica para la ejecución del Anexo G) del PPT, en relación a la ejecución de obras de la EDAR.

Así dispone el PCAP:

Apartado 1.9.3: Integración de la solvencia con medios externos.

«De conformidad con el artículo 75 de la LCSP los licitadores podrán acreditar su solvencia a efectos únicos de la clasificación específica y exigida para la ejecución del



anexo g) del Pliego de prescripciones técnicas, ELABORACIÓN DEL PROYECTO Y EJECUCIÓN DE LAS OBRAS PARA LA MEJORA DEL PROCESO DE DEPURACIÓN DE LA EDAR DE SAN ROMÁN, mediante el compromiso de subcontratación de un tercero que disponga de dicha clasificación».

Apartado 2.2.2. Propuesta de adjudicación.

«Documentación acreditativa de la clasificación de la empresa / del cumplimiento de los requisitos de solvencia económica y financiera y técnica o profesional:

- De conformidad con el Cuadro de características del contrato y de la licitación, incluido al inicio del presente documento, el licitador deberá presentar documento acreditativo de su clasificación en el Grupo, Subgrupo y Categoría indicado. Cuando dos o más empresas acudan a la licitación constituyendo una unión temporal, la acumulación de las clasificaciones se regulará por el artículo 52 del RGLCAP.*
- El licitador deberá presentar los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos de solvencia económica y financiera y técnica que se señalan en el anexo a), Requisitos de solvencia, adjunto a este pliego. Este documento podrá ser sustituido por la clasificación del empresario para la celebración de contratos del mismo tipo que el del objeto de este contrato al que se acompañará declaración expresa responsable de la vigencia de la clasificación y de las circunstancias que sirvieron de base para su obtención.*
- En el caso de la integración de la solvencia con medios externos a los que hace referencia la cláusula 1.9.3, el contrato³⁹ de subcontratación (sic) de las Obras para la mejora del proceso de depuración de la EDAR de San Román con el tercero comprometido, presentando la clasificación de ese que se exige, al que se acompañará su declaración expresa responsable de la vigencia de la clasificación y de las circunstancias que sirvieron de base para su obtención».*

En el presente supuesto, de una interpretación conjunta del Pliego con la Memoria Justificativa, se deduce claramente esta exigencia cumulativa en lo que respecta a la



solvencia técnica, que se une a la exigencia específica de clasificación empresarial, en lo que hace al contrato de obras, de conformidad con el artículo 77 de la LCSP.

Esta cuestión litigiosa, la proporcionalidad de los requisitos de solvencia y la interdicción de la arbitrariedad, ha sido planteada en numerosas ocasiones ante este Tribunal, pudiendo destacar la Resolución nº 654/2015, de 10 de julio, así como la más reciente Resolución nº 148/2016 de 19 de febrero.

El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 29/10, de 24 de noviembre de 2010 dice que en los informes, entre otros, 24/96, de 30 de mayo de 1996, y 31/04, de 12 de noviembre de 2004, esta Junta considera que:

«El artículo 6 de la antigua Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, equivalente al actual artículo 12 de la Ley de Contratos del Sector Público, supone que “en los contratos mixtos la prestación más importante desde el punto de vista económico determina la aplicación total de las normas que definen su régimen jurídico sin que quepa acudir a las relativas a otro tipo de contratos”. Nótese que el ámbito del criterio de la prestación económicamente más relevante ha quedado limitado en el actual artículo 12 de la Ley de Contratos del Sector Público a la determinación del régimen jurídico aplicable a la adjudicación, debiéndose aplicar la denominada técnica de la yuxtaposición de regímenes jurídicos en lo que se refiere a la preparación y ejecución del contrato. Dentro de las normas que rigen el procedimiento de la adjudicación del contrato se encuentran aquéllas que regulan la clasificación de empresas contratistas. De lo que sigue que, tal y como se indica en los informes arriba reseñados, la clasificación o clasificaciones exigibles a los licitadores deberán determinarse con arreglo a ese único régimen jurídico. Así, “de considerarse la aplicación de la normativa correspondiente a los contratos de servicios, en función de la importancia económica de sus prestaciones, la clasificación o clasificaciones que habría que exigirse a los licitadores sería la que resultara de lo establecido en el artículo 46, en relación con el artículo 36, ambos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en función del importe que se atribuye a las diferentes prestaciones propias de los contratos de servicios».

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 LCSP, para la determinación de las normas que regirán la adjudicación de los contratos mixtos cuyo objeto contenga prestaciones de varios contratos regulados en esta Ley, se estará a las siguientes reglas:

«a) Cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios se atenderá al carácter de la prestación principal».

En este caso, el Cuadro de Características del Contrato y la licitación señalan que la prestación principal tiene el carácter de servicios, por lo que los requisitos de solvencia técnica exigibles serán los correspondientes a este tipo de contrato.

Asiste en este punto la razón a la recurrente, por lo que únicamente cabría exigir la acreditación de la solvencia técnica con arreglo al régimen jurídico de dicho contrato, teniendo presente que para los contratos de servicios, según el artículo 77.1.a) LCSP no será exigible la clasificación del empresario. Se estima en este punto la alegación realizada por el recurrente.

- Contradicción en el establecimiento de la duración del contrato y oscuridad del anuncio de licitación y PCAP. Afirma el recurrente que en el anuncio de licitación y cuadro de características se señala la duración del contrato en un periodo de 5 años, mientras que la Cláusula 1.6 del PCAP se señala:

«Las posibles prorrogas, de un plazo mínimo de seis (6) meses, deberán ser acordadas por MARE y formalizarse con al menos treinta (30) días¹² (sic) de antelación a la fecha de finalización del plazo, inicial o prorrogado, siendo de obligada aceptación para el Adjudicatario. El plazo total de vigencia del contrato, incluidas en su caso las prórrogas, no podrá exceder de seis (6) años».

El órgano de contratación alega que la duración del contrato es de 5 años. Que tanto el anuncio, como los documentos previos, acuerdo de inicio del expediente, PCAP, y PPTP establecen claramente esa duración, y sólo se aparta de ella esta mención del pliego tipo, en la cláusula 1.6, que efectivamente no es la más afortunada.

Pues bien, se deduce sin mucho esfuerzo de la lectura del expediente de contratación que la duración del contrato es de 5 años, sin posibilidad de prórroga, por lo que procede desestimar este motivo de recurso. Pero, dado que la arriba reproducida cláusula 1.6 del Pliego tipo parece que contradice la duración de 5 años, y que se estima el presente recurso en relación con la exigencia de clasificación, procedería clarificar este extremo relativo a la duración y a la prórroga, en el nuevo pliego de cláusulas administrativas que se apruebe.

- Infracción a la hora de establecer los criterios de adjudicación del contrato relativo al proyecto de obras de la EDAR. A la vista de los criterios de adjudicación del Anexo e) del PCAP, señala la recurrente que no se estaría cumpliendo con el requisito de la existencia de que los criterios de calidad representarán, como mínimo, un 51%, dado que la oferta económica supone 15 puntos y la solución técnica adopta al proyecto de ejecución se le atribuyen 13 puntos, es decir, menos del 50%.

De conformidad con lo establecido en el artículo 145.4 párrafo segundo LCSP:

«En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146».

El Código CPV 90420000-7 Servicios de tratamiento de aguas residuales no se encuentra dentro del Anexo IV, por lo que habrá de determinarse si se incluye el contrato en la categoría de «contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual».

A estos efectos, la Disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP establece que:

«Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley».



En el presente contrato, es cierto que una de las prestaciones es la elaboración de un proyecto de arquitectura, pero hay que tener en cuenta que esta prestación, en función de lo establecido en el Anexo del PPTP donde se reflejan las partidas del presupuesto base de licitación, representa un 1,21 % del importe total del contrato (212.000 €, frente a un total de 17.511.302,28 €), por lo que no procede aplicar la previsión establecida en el artículo 145.4 de la LCSP. No se puede afirmar que el presente contrato pueda calificarse mayoritariamente como «*de prestaciones intelectuales*», por lo que se desestima el motivo de recurso.

Como afirma el órgano de contratación, frente a la poca importancia cuantitativa del proyecto en relación con el presupuesto base de licitación del contrato, se han asignado 13 puntos, valorables mediante juicio de valor, a la solución adoptada en el proyecto de ejecución, sin que se asigne puntuación alguna de este tipo a la ejecución de la obra.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F. O. P. L., en nombre y representación de INGESER ATLÁNTICA, S.L. contra el anuncio de licitación y los pliegos del contrato de los “*Servicios de operación y mantenimiento de la EDAR de San Román de la Llanilla y de las instalaciones de saneamiento en alta asociadas y, proyecto y obras de mejora de la EDAR*”, con expediente 201900011, licitado por la sociedad mercantil pública MEDIO AMBIENTE, AGUA, RESIDUOS Y ENERGÍA DE CANTABRIA S.A. (MARE), con anulación del pliego en relación al aspecto mencionado en el Fundamento de Derecho Quinto, en concreto, en lo relativo a los medios de acreditación de la solvencia técnica. Procede la retroacción del procedimiento de licitación hasta el momento anterior a la aprobación de los pliegos, pudiendo volver a convocarse, si lo considerase conveniente el órgano de contratación, un nuevo procedimiento para la licitación del contrato, una vez corregido el apartado objeto de anulación.



Segundo. Levantar la medida cautelar adoptada, de conformidad con lo establecido en el art. 49 LCSP.

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 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 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.