



EB 2015/166

EB 2016/004

Resolución 018/2016, de 11 de febrero de 2016, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con los recursos especiales interpuestos por EKO GASTEIZ, S.L. y la UTE formada por INDUSTRIAS SUESCUN, S.A.U. / BIO-OIL, S.L.U., frente a su exclusión del contrato de “Servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en el ámbito de la Mancomunidad de San Marcos con contendor multienvase ubicados en la vía pública”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se han recibido en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por:

.- EKO GASTEIZ, S.L., interpuesto el día 23 de diciembre de 2015.

.- UTE INDUSTRIAS SUESCUN, S.A.U. / BIO-OIL, S.L.U., interpuesto el día 15 de enero de 2016.

En ambos casos se impugna la exclusión de la licitación notificada en la resolución de adjudicación.

El expediente del contrato y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante,



TRLCSP) sobre el primero de los recursos tuvieron entrada en el registro del OARC / KEAO el día 14 de enero de 2016, mientras que el mismo informe sobre el segundo recurso lo hizo el 22 de enero de 2016.

SEGUNDO: Trasladado el recurso a quienes figuran como interesados en el expediente, se han recibido en el plazo otorgado las alegaciones de la UTE formada por ECOGRAS RECUPERACIÓN Y RECICLADO, S.L. / KERABI GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL, S.L. (en adelante, UTE ECOGRAS / KERABI) frente a ambos recursos.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constan en el expediente la legitimación de los recurrentes y la representación de Don E. R.P. de N. que actúa en representación de EKO GASTEIZ, y de Don R. S.M. que actúa en representación de la UTE INDUSTRIAS SUESCUN, S.A.U. / BIO-OIL, S.L.U (en adelante la UTE recurrente).

SEGUNDO: El artículo 40.1 del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de servicios cuya valor estimado sea igual o superior a 207.000,00 €. Según el apartado 4. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) el contrato tiene un valor estimado de 399.154,38 €.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son objeto de recurso especial «los acuerdo de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.» Es objeto de recurso la Resolución 63/2015, de 18 de diciembre de 2015, del Presidente de la Mancomunidad, de adjudicación del contrato que acuerda, asimismo, la exclusión de los dos recurrentes.

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Mancomunidad de San Marcos tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración pública, según el artículo 3 del TRLCSP.



QUINTO: Los recursos han sido interpuestos en tiempo y forma.

SEXTO: La argumentación de los recurrentes es, en síntesis, la siguiente:

1.- Recurso de EKO GASTEIZ.

1.1.- Lo que dice el recurrente.

a) El día 1 de julio de 2015 se celebró la apertura de los sobres “B Propuesta técnica”, acto al que no pudieron acudir porque se les notificó su celebración el día anterior mediante un correo electrónico recibido después de finalizada la jornada laboral. El 13 de julio de 2015 la Mancomunidad requiere documentación complementaria que deberían haber aportado en el sobre “A Aptitud para contratar”, entre la que se encontraba el certificado de clasificación. El 20 de agosto de 2015 presentan un certificado de clasificación expedido por el Gobierno Vasco el día 3 del propio mes. El 2 de diciembre de 2015 tienen constancia a través del perfil de contratante de la Mancomunidad que la apertura del sobre “C Oferta económica” tendría lugar el 4 de diciembre próximo. En dicho acto se les comunicó por primera vez que EKO GASTEIZ estaba excluida, situación ante la cual solicitaron presentar alegaciones y la suspensión del acto por entender que se estaban vulnerado los principios básicos de la contratación al haber procedido a la apertura del sobre “B” antes de haber resuelto que empresas estaban admitidas y cuáles no. También solicitaron que les enseñaran su sobre “B”, y aunque la Mesa de contratación reconoció que lo habían abierto no lo enseñaron. También les negaron el acceso al sobre “C”. Aducen el artículo 83 del RGLCAP que establece que si existen dudas en cuanto a la custodia de los sobres, el acto debe suspenderse.

b) En cuanto a la exigibilidad de la clasificación, menciona el contenido de las cláusulas 17 y 19 d) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) sobre la acreditación de solvencia técnica. Concretamente, la cláusula 19 d) prevé que la solvencia técnica se probará mediante la realización de servicio de la misma tipología y mediante la clasificación en el



Grupo R Servicios de transporte, Subgrupo 5) Recogida y transporte de toda clase de residuos, Categoría A. Señala que, a su juicio, esta exigencia está en contradicción con el artículo 65.1 b) del TRLCSP, según el cual la solvencia se podrá acreditar indistintamente en los términos establecidos en el artículo 78 del TRLCSP como en términos de grupo, subgrupo de clasificación y categoría mínima. Entiende que presentando la documentación exigida, al margen de la clasificación, cumplen con lo exigido. Alude al principio de proporcionalidad del artículo 62.2 del TRLCSP y consideran que cualquiera de las dos opciones es válida, máxime cuando los requisitos para demostrar solvencia son los mismos que para la clasificación, que les concedieron 20 días después.

Añade que el artículo 38 del Real Decreto 1098/2001 fija la categoría A) cuando la anualidad media es inferior a 150.000 €, lo que significa que tiene derecho a la clasificación a partir de 1 € cobrado y certificado; pero que en el contrato en cuestión no se va a percibir importe alguno sino que se les propone realizar ofertas por el aceite recogido. Concluye que si sólo tuviesen el contrato que propone la Mancomunidad –pagando en lugar de cobrando– se produciría la paradoja de que no tendrían derecho a clasificar la empresa al no percibir ni 1 euro que es lo que establece Real Decreto mencionado.

Prosigue diciendo que el artículo 79 bis del TRLCSP, sobre concreción de los requisitos de solvencia, establece que en el caso de que no se concreten en los pliegos, supletoriamente se aplicarán los establecidos reglamentariamente para el tipo de contrato correspondiente.

Insiste en que en el PCAP hay una duplicidad en el requerimiento, y que los requisitos exigidos como solvencia técnica son superiores a los que se exigen para la clasificación, y a continuación realiza una comparativa entre ambos.

Especial atención le merece al recurrente el contenido del apartado f) de la cláusula 19 del PCAP cuando establece que las circunstancias señaladas en los apartados a) y d) podrán acreditarse mediante una certificación del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de la Comunidad Autónoma



Vasca. Considera que la inclusión de término “podrán” hace que la clasificación no es exigible, y que se produciría una restricción a la competencia al impedir el acceso a empresas que no están clasificadas y no se garantizaría la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Finalmente apela al artículo 66.1 del TRLCSP que excepciona la clasificación cuando sea conveniente para los intereses públicos.

c) Solicita la retroacción de la tramitación al momento de valorar su propuesta técnica.

1.2.- Lo que dice el poder adjudicador en el informe al recurso.

a) Durante la apertura del sobre “B Propuesta técnica” se informó que su resultado estaba condicionado a las eventuales subsanaciones de la documentación aportada en el sobre “A Aptitud para contratar”. La Mesa de contratación decidió actuar de esta manera por un cúmulo de circunstancias como son: que el anterior contrato estaba vencido en la fecha de inicio del nuevo expediente; que el presidente de la Mancomunidad estaba en funciones en ese momento con el añadido de que tras las elecciones municipales dejaba de ser concejal del Ayuntamiento de Donostia y que, habitualmente, el nombramiento del nuevo presidente se suele demorar hasta principios de septiembre. El expediente se relanzó en ese mes con el nombramiento del nuevo presidente del consorcio.

Ninguna persona de la Mesa de contratación ha leído total o parcialmente la documentación incluida en el sobre “B” de EKO GASTEIZ.

b) El recurrente presentó el certificado de clasificación empresarial tras la desestimación de su primer recurso. Sin embargo, la Mesa de contratación entendió que no se cumplía el requisito a la fecha de finalización del período de presentación de ofertas y que desde la publicación de la licitación hubo un plazo más que suficiente para efectuar el trámite de clasificación empresarial.



c) Se informó de la apertura del sobre “C” de manera personalizada a las empresas que habían accedido a ese trámite. No obstante, se publicó en el perfil de contratante de la Mancomunidad. Respecto del desarrollo de la apertura de este sobre se remite al contenido del acta de la Mesa, y si no se notificó la exclusión fue porque es el órgano de contratación quien toma esta decisión a propuesta de la Mesa.

d) La Mesa de contratación informó a EKO GASTEIZ que el sobre “B” estaba efectivamente abierto, ante lo cual no insistió en ver el sobre físicamente. No es correcto que solicitase ver el sobre “C” durante la apertura, y permanece cerrado en poder de la Mancomunidad.

e) Sobre la exigencia de clasificación, entiende el poder adjudicador que no solo era posible sino que en base al régimen jurídico en vigor era obligatorio en el momento de aprobar los pliegos.

f) No son dos sino tres empresas las que han concurrido a la licitación. La Mancomunidad no se empeña en excluir a EKO GASTEIZ del proceso de contratación pública; por el contrario su objetivo no ha sido otro que cumplir con el régimen jurídico de contratación y asegurar la adjudicación a la oferta más ventajosa en el menor tiempo posible.

1.3.- Lo que dice Ecogras en sus alegaciones.

a) El recurrente reitera los argumentos ya empleados en el recurso interpuesto ante el OARC / KEAO que dio lugar a la Resolución 090/2015. En aquel recurso se resolvió que lo impugnado era un acto de mero trámite que no decidía sobre el asunto ni causaba indefensión. La misma respuesta de inadmisión se ha de dar a este nuevo recurso porque EKO GASTEIZ reconoce que no se le ha notificado la exclusión por escrito, hecho que ha tenido lugar formalmente con motivo del acto de adjudicación, y es a partir de ese momento y no antes cuando le corresponde decir todo cuanto considere oportuno.



b) Los pliegos no fueron recurridos en su momento, por lo que no se puede atacar la validez de éstos.

c) No se puede reprochar a la Mancomunidad que enviara una notificación por correo electrónico y que el interesado la leyera al día siguiente.

d) Solicita la inadmisión de recurso y subsidiariamente su desestimación.

2.- Recurso de la UTE INDUSTRIAS SUESCUN, S.A.U. / BIO-OIL, S.L.U.

2.1.- Lo que dice el recurrente.

a) De forma previa señala que recurre el acuerdo de la Mesa de contratación y la Resolución 63/2015 de la Presidencia de la Mancomunidad, ya que ambos acuerdan su exclusión de la licitación y el segundo, además, la adjudicación del contrato, y según las letras b) y c) del artículo 40 del TRLCSP los dos son recurribles.

b) Afirma la recurrente que en relación al transporte y gestión de residuos como el aceite vegetal usado, en el espacio de la UE existen unos criterios y principios armonizadores como los recogidos en la Orden NAM/304/2002, que trascienden ámbitos territoriales más reducidos, a través de la cual se publican las operaciones de valoración y eliminación de residuos y la lista europea de residuos. De ahí que en las resoluciones administrativas que aportan, tanto del Gobierno Vasco como del Gobierno de Navarra, se relacionan de forma específica los residuos y las operaciones conforme a dichos códigos europeos. Considera que las certificaciones que acreditan solvencia técnica conforme a criterios supranacionales de ámbito comunitario no pueden tener menor virtualidad probatoria, a efectos de acreditar solvencia técnica, que el sistema español de clasificación de empresas contratistas. A su juicio los actos recurridos son arbitrarios y discrecionales porque niegan la capacitación técnica reconocida por las normas e instituciones comunitarias. Prosigue



diciendo que la clasificación exigida para acreditar solvencia ha sido sustituida por resoluciones administrativas basadas en principios comunitarios, que no pueden tener menor virtualidad a efectos de acreditar solvencia técnica.

A su entender, para interpretar correctamente el contenido de la cláusula 19 d) del PCAP debe ponerse en relación con la evolución experimentada por la legislación en relación al requisito de clasificación previa. Así, para el contrato de servicios, mediante la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de Impulso de la Factura Electrónica y el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, que modifica determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001 (en adelante, RLCAP), el sistema español de clasificación ha llegado a desaparecer.

Reproduce el contenido de los artículos 65 y 78 del TRLCSP y concluye que el legislador ha previsto la posibilidad de acreditar indistintamente la solvencia a través de mecanismos alternativos de acreditación como consecuencia de la desaparición de la exigencia de la clasificación previa. Reproduce también la cláusula 19 d) del PCAP y hace ver la similitud entre el contenido de su apartado 1.- y el artículo 78 del TRLCSP, lo que le lleva a considerar que los requisitos del apartado 1.- (medios de acreditación de solvencia) y del apartado 2.- (clasificación) son alternativos y no acumulativos.

Continúa diciendo que si el requisito de clasificación es insoslayable, conforme a la Disposición Transitoria Cuarta del TRLCSP, tras la reforma operada por la Ley 25/2013, el apartado 1.- de la cláusula 19 d) deviene inservible por estar subsumido en la clasificación, porque ésta, según el artículo 62 del TRLCSP, sustituye a otros mecanismos de acreditación de solvencia. Por dicho motivo, no tiene sentido exigir clasificación y al mismo tiempo otros requisitos de forma acumulativa. Adicionalmente señala que a tenor del citado artículo no sería proporcional exigir la clasificación de forma acumulativa a otros requisitos, de donde se infiere su carácter alternativo.



Considera que en su caso, aun entendiendo insuficientes las autorizaciones administrativas aportadas, no habrían incurrido en causa de exclusión toda vez que habrían cumplido el requisito del apartado 1.- ya que ni en el procedimiento ni en la Resolución de adjudicación se hace referencia alguna a ello.

c) La adjudicación del contrato a ECOGRAS / KERABI es irregular. Su oferta conjunta ha sido analizada en “exclusiva” como la única oferta presentada sin realizarse el adecuado contraste con la oferta de la UTE recurrente.

d) Solicita que se anulen la exclusión de la UTE como licitadores y la adjudicación del contrato a la UTE formada por ECOGRAS / KERABI.

2.2.- Lo que dice el poder adjudicador en el informe al recurso.

a) Sobre la idoneidad de los pliegos al exigir una clasificación no exigible, entienden que los plazos para recurrir los pliegos y su contenido están extinguidos.

b) En cuanto a la exigibilidad de la clasificación, se remite a la respuesta dada por la Mancomunidad en el recurso EB 2015/086, en la que afirmaban que «los pliegos de contratación incluyen este requisito de clasificación porque así lo requiere la legislación vigente aplicable. La nueva redacción del artículo 65.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que argumenta el recurrente no está en vigor ya que la nueva redacción de la modificada Disposición Transitoria cuarta del TRLCSP no deja lugar a dudas, pues establece que «el apartado 1 del artículo 65, en cuanto delimita el ámbito de aplicación y de exigibilidad de la clasificación previa entrarán en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley (...).» Añade que las normas reglamentarias han sido aprobadas con posterioridad a la publicación de los pliegos y no puede asumirse un carácter retroactivo. En consecuencia, en el momento de elaboración del expediente de contratación era necesario exigir el requisito de clasificación en los contratos de servicios superiores a 200.000 €. El recurso de



La UTE no deja lugar a dudas en relación a que no ha aportado la clasificación requerida, por lo que su exclusión es conforme a los pliegos.

2.3.- Lo que dice la UTE ECOGRAS / KERABI en sus alegaciones.

a) Si la UTE recurrente no compartía las exigencias del PCAP debió impugnarlo y no lo hicieron. Lo que pretende es forzar una interpretación desnaturalizada de la cláusula 19 d) del PCAP que contraviene su literalidad y la intencionalidad de la Mancomunidad. Reproduce el contenido de la citada cláusula, y deduce que no se trata de dos condiciones de acreditación alternativa, sino que ambas se han de acreditar acumulativamente.

b) La exigencia de clasificación sigue siendo vigente a pesar de la modificación introducida en el artículo 65.1 del TRLCSP, por la Disposición Adicional tercera de la Ley 25/2013, toda vez que el desarrollo reglamentario que prevé la Disposición Transitoria cuarta de la propia Ley no se ha aprobado aún.

Continúa diciendo que la clasificación sustituye a la acreditación de solvencia por otros medios conforme al artículo 62.1 del TRLCSP, por lo que en todo caso lo que estaría de sobra sería la exigencia de la acreditación de la experiencia de la cláusula 19 d) del PCAP, que el recurrente dice tener cumplida y que la UTE alegante discute. En todo caso, la acreditación de la clasificación resulta insoslayable.

Reproduce los artículos 62 y 78 del TRLCSP y añade que para que a una empresa le concedan clasificación se valora la experiencia. Se pregunta cómo es posible que la UTE recurrente tenga experiencia y no tenga la clasificación que se exige cuando la experiencia constituye el primer motivo para acceder a la clasificación requerida. Aprecia que es el propio recurrente quien da la respuesta al hablar de su condición de gestor autorizado, tanto en la Comunidad Foral de Navarra como en la de Euskadi, pero no acredita ni cumple con la condición de solvencia técnica consistente en la experiencia



concreta en entidades cuyas exigencias técnicas sean similares a las planteadas en el procedimiento de contratación.

Considera que el apartado 1.- de la cláusula 19 d) del PCAP no está de sobra y que hay que enmarcarlo como una forma de concreción de la solvencia exigida en algunos aspectos y como una exigencia de requisitos adicionales en otros, y reproduce el artículo 64 del TRLCSP sobre concreción de condiciones de solvencia.

c) Solicita la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación.

SÉPTIMO: Como cuestión previa debe examinarse el motivo de inadmisión que esgrime la UTE ECOGRAS / KERABI frente al recurso de EKO GASTEIZ. Aduce en su alegación que el recurrente reconoce que en el momento de la interposición no se le había notificado la exclusión por escrito, hecho que tuvo lugar formalmente con motivo del acto de adjudicación, y es a partir de ese momento y no antes cuando le corresponde decir todo cuanto considere oportuno.

EKO GASTEIZ señala en su escrito que en la reunión de la Mesa de contratación celebrada el día 4 de diciembre de 2015 a las 9h 15m, con motivo de la apertura del sobre “C Oferta económica”, tuvo conocimiento por primera vez de que su propuesta estaba excluida. En el acta de la reunión queda reflejado que ante el requerimiento del recurrente de que su exclusión se debía haber comunicado previamente a la apertura del sobre “B Propuesta técnica”, «el Secretario de la Mancomunidad informa a los asistentes sobre el procedimiento, relatando que la exclusión se comunica en la adjudicación.» Es en la siguiente reunión de la Mesa de contratación, que tiene lugar el mismo día a las 10h, cuando el órgano colegiado propone no admitir la propuesta de EKO GASTEIZ por no cumplir con el requisito de solvencia exigido en la cláusula 19 d) del PCAP. Esta decisión es ratificada en el apartado dispositivo primero de la Resolución 63/2015, de 18 de diciembre de 2015, de adjudicación del contrato.



Cuando el acto recurrido es la adjudicación del contrato, el plazo para la interposición del recurso especial es de 15 días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado (artículo 44.2 del TRLCSP). En recurso que nos ocupa, la notificación de la resolución de adjudicación tiene registro de salida el día 21 de diciembre de 2015, y aun cuando no consta en el expediente el momento efectivo de su remisión al recurrente, el hecho de que la interposición del recurso ante este OARC / KEAO tuviera lugar el día 23 de diciembre significa que se interpuso en cualquier caso antes de la finalización del plazo establecido en el artículo citado, siendo indistinto, en este caso, que tuviera conocimiento de su exclusión por la información que obtuvo de la reunión de la Mesa de contratación de 4 de diciembre de 2015 o por la posterior Resolución 63/2015 de adjudicación del contrato.

OCTAVO: El motivo de exclusión de ambos licitadores es la propuesta que efectúa la Mesa de contratación en su segunda reunión de 4 de diciembre de 2015. La propuesta es acogida por el órgano de contratación que en el apartado dispositivo primero de la Resolución 63/2015, de 18 de diciembre, acuerda no admitir las proposiciones de EKO GASTEIZ y de la UTE INDUSTRIAS SUESCUN, S.A.U. / BIO-OIL, S.L.U. «por no cumplir con el requisito especificado en la cláusula 19 d) 2 de los pliegos administrativos relacionada con la solvencia técnica.»

El contenido de la cláusula 19 d) del PCAP que da lugar a la exclusión de los licitadores es el siguiente:

«Para acreditar la solvencia técnica será necesario presentar:

1. Mediante relación de los principales servicios de la misma tipología a la que hace referencia la presente licitación realizados en los tres últimos años, que incluya importe fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente de la entidad a quien se haya prestado los servicios. Adicionalmente deberán aportarse informes satisfactorios de las cantidades para las que se hayan prestado dichos servicios.



Se deberá acreditar la experiencia en al menos algún ayuntamiento o entidad de dimensiones, en población, similares a los planteados en la presente.

2. Documento acreditativo de la clasificación vigente respecto al servicio de recogida y transporte de residuos.

Se acreditará mediante la presentación del certificado acreditativo de ostentar la clasificación del licitador en el Grupo R Servicios de transportes, Subgrupo 5) Recogida y transporte de toda clase de residuos, Categoría A»

Los recurrentes debaten acerca de los medios para acreditar solvencia técnica que prevé la cláusula 19 d) del PCAP, y en particular si es o no exigible que los licitadores estén en posesión del certificado de clasificación de contratista. Procede en primer lugar, por tanto, examinar cuál es el contenido de la normativa sobre solvencia aplicable al contrato.

El artículo 62.1 del TRLCSP exige que «Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.»

El artículo 65 del TRLCSP regula la exigencia de clasificación. Debe decirse que este artículo fue modificado por la Disposición Final Tercera de la Ley 25/2013, de 27 de septiembre, de Impulso de la Factura Electrónica, que modificó también la Disposición Transitoria Cuarta del TRLCSP. Según la nueva redacción del artículo 65.1 b) «Para los contratos de servicios no será exigible la clasificación de empresario. En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se establecerán los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional tanto en los términos establecidos en los artículos 75 y 78 de la Ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato. En tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia



indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación correspondiente al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato. (...).»

Sin embargo, como ha quedado dicho, la Ley 25/2013 modificó igualmente la Disposición transitoria cuarta del TRLCSP, de determinación de los casos en que es exigible la clasificación de las empresas y de los requisitos mínimos de solvencia, que en su párrafo primero quedó redactado como sigue:

«El apartado 1 del artículo 65, en cuanto delimita el ámbito de aplicación y de exigibilidad de la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán los contratos de obras y los contratos de servicios, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.»

Debe matizarse que la propia Disposición transitoria cuarta modificada en su párrafo tercero añade que «No obstante lo anterior, no será exigible la clasificación en los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros ni en los contratos de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 200.000 euros.» Los órganos de resolución de recursos han entendido que este párrafo es aplicable desde el momento de la entrada en vigor de la Ley 25/2013.

Mediante Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Según su Disposición final única, el Decreto entró en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE que tuvo lugar el 5 de septiembre de 2015. La Disposición transitoria primera del Real Decreto prevé que «los expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de este Real decreto se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de



adjudicación del contrato. En el caso de procedimiento negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.»

Consta en el expediente del contrato que el anuncio en el DOUE se publicó el 21 de mayo de 2015, luego la normativa aplicable sobre solvencia era la del TRLCSP anterior a la aprobación de la Ley 25/2013, que en su artículo 65.1 establecía que: «Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 120.000 euros¹, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.»

De lo expuesto se debe concluir que al tener el contrato objeto de recurso un valor estimado superior a 200.000 €, era requisito indispensable que los licitadores estuvieran debidamente clasificados. Además, la exigencia de clasificación excluía el resto de medios de acreditación de solvencia.

NOVENO: Ambos recurrentes, aunque con distintos argumentos, consideran que los requisitos del solvencia de la cláusula 19 d) del PCSP no son acumulativos, sino que es suficiente con acreditar uno de los dos, bien sea la experiencia en la realización de trabajos similares o bien mediante la posesión del certificado de clasificación.

Si bien es cierto el artículo 65.1 del TRLCSP aplicable al contrato es claro y no deja lugar a dudas que en los contratos de servicios con un valor estimado igual o superior a 200.000 € se precisa estar clasificado, que al contrato analizado no le es de aplicación la excepción del artículo 66.2 del TRLCSP y que la redacción en vigor en el momento de la publicación del contrato no permitía que en los procedimientos abiertos sujetos a clasificación se pudiera solicitar a los licitadores que acreditaran solvencia técnica con un medio distinto

¹ Fijado en 200.000,00 € por la Disposición transitoria cuarta del TRLCSP tras su modificación por la Disposición adicional tercera de la Ley 25/2013.



del certificado de clasificación –a este respecto se pueden citar el informe 48/1996 de la JCCAE y la Resolución 139/2011 del TACRC–, la realidad es que la cláusula 19 d) del PCSP es clara y no admite interpretación alguna en lo referente a que exige que se presenten ambos documentos, los referentes a la solvencia técnica y el documento de clasificación y, no habiendo sido ésta recurrida por los interesados en plazo, por razones de seguridad jurídica han de acatar lo exigido en ella.

EKO GASTEIZ alega que obtuvo el certificado de clasificación del Gobierno Vasco el 3 de agosto de 2015, que lo entregaron a la Mancomunidad el día 20 del mismo mes, y que los requisitos que la Mancomunidad pide para demostrar la solvencia técnica son los mismos que para la clasificación.

No podemos acoger esta alegación, como se ha expuesto los pliegos del contrato exigen de forma acumulativa acreditar solvencia mediante la realización de servicios de la misma tipología y estar en posesión del certificado de clasificación vigente, circunstancia que no cumple EKO GASTEIZ que, como se verá, no pudo acreditar su clasificación en el trámite de subsanación.

EKO GASTEIZ alega, igualmente, que el 20 de agosto presentaron el certificado de clasificación expedido por el Gobierno Vasco el día 3 del mismo mes. Según el artículo 146.1 b) del TRLCSP, en los procedimientos abiertos las proposiciones de los interesados deberán ir acompañadas de los siguientes documentos:

«b) Los que acrediten la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica financiera y técnica o profesional.

Si la empresa se encontrase pendiente de clasificación, deberá aportar el documento acreditativo de haber presentado la correspondiente solicitud para ello, debiendo justificar estar en posesión de la clasificación exigida en el plazo previsto en las



normas de desarrollo de esta Ley para la subsanación de defectos u omisiones en la documentación.»

En cuanto al momento en que se debe acreditar estar en posesión de la clasificación, el apartado 5. del propio señala que:

«5. El momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización de presentación de las proposiciones.»

El párrafo 2º del artículo 27.1 del Reglamento que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (en adelante, RLCSP), prevé que:

«(...), siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él.»

Consta en el expediente que la Mesa de contratación requirió a EKO GASTEIZ el 13 de julio de 2015 para que en el plazo de tres días aportara, entre otra documentación, el documento acreditativo de la clasificación vigente en el Grupo R, Subgrupo 5, Categoría A. Sin embargo el recurrente, como el mismo reconoce, no aportó esa documentación hasta el 20 de agosto de 2015.

Por su parte, la UTE recurrente alude a la posesión de diversas resoluciones administrativas, tanto del Gobierno Vasco como del Gobierno de Navarra, que acreditan solvencia técnica conforme a criterios supranacionales de ámbito comunitario y no pueden tener menor virtualidad probatoria que el sistema español de clasificación de empresas contratistas. Añade, también, que con la presentación de dichas resoluciones habrían cumplido los requisitos de solvencia previstos en el apartado 1.- de la cláusula 19 d) del PCAP.



No puede admitirse la alegación de la UTE. El apartado 1.- de la cláusula 19 del PCAP establece unos medios concretos para acreditar solvencia basados en la experiencia en la realización de servicios de la misma tipología que la del objeto del contrato, así como el certificado de clasificación como contratista. El recurrente aporta resoluciones de órganos administrativos que son autorizaciones para la realización de actividades e inscripción en registros. Estas resoluciones guardan relación con la habilitación profesional para la realización de la actividad o prestación que constituye el objeto del contrato, que se recoge en el artículo 54.2 del TRLCSP.

Sobre la diferencia entre solvencia y habilitación profesional, este OARC / KEAO en su Resolución 99/2014 manifestó que:

«El artículo 54.2 del TRLCSP dispone que los empresarios, además de tener plena capacidad de obrar, no estar incurso en una prohibición para contratar y acreditar su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos así exigidos por la Ley, encontrarse debidamente clasificados, deben contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

El artículo 78 del TRLCSP define la solvencia técnica o profesional como los conocimientos técnicos, la eficacia, experiencia y fiabilidad necesarias para la prestación del servicio y regula los concretos medios de acreditación de dicha solvencia en un listado que hay que considerarlo cerrado, lo cual delimita el tipo de exigencias mínimas de solvencia que se pueden insertar en los Pliegos, que son sólo los que son susceptibles de acreditar mediante dichos medios.

Por su parte, la habilitación empresarial o profesional es un requisito que afecta a la capacidad de obrar del licitador, entendida ésta como la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces. Lo que pretende el legislador al exigir el requisito de la habilitación es el evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal (Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009 de la JCCA).»

Las resoluciones que aporta la UTE recurrente acreditan que está autorizada para la realización de determinadas actividades, pero estos documentos no



pueden sustituir a los requisitos de solvencia y clasificación de la cláusula 19 d) del PCAP.

En consecuencia, la exclusión de los recurrentes de la licitación fue correcta porque no acreditaron estar en posesión del certificado de clasificación en el grupo, subgrupo y categoría exigidos.

DÉCIMO: EKO GASTEIZ denuncia igualmente que la apertura del sobre “B Propuesta técnica” se realizó antes de haber resuelto qué empresas estaban admitidas y cuáles no. El poder adjudicador replica diciendo que durante la apertura del sobre “B”, que tuvo lugar el día 1 de julio de 2015, se informó que su resultado estaba condicionado a las eventuales subsanaciones de la documentación aportada por los licitadores, y que esta forma de proceder estaba relacionada con la situación del Presidente de la Mancomunidad que estaba en funciones.

Expuesto cronológicamente, el día 1 de julio se informó el sobre “A Aptitud para contratar” estaba previamente abierto y que la apertura del sobre “B Propuesta técnica” quedaba condicionada, por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho anterior, «(...) a que la Mesa de contratación, en aquellos casos en que lo estime procedente, pueda solicitar a los licitadores que corrijan o subsanen la documentación presentada en el sobre “A”» (Acta nº 2). La solicitud de subsanación al recurrente se llevó a cabo el 13 de julio 2015 y en la reunión de la Mesa de 23 de octubre de 2015 se daba cuenta de los trámites realizados y de su resultado, que en el caso de EKO GASTEIZ fue que «(...) subsana lo solicitado excepto la clasificación requerida en la cláusula 19 d) 2 en relación a la solvencia técnica, ya que no aporta el “certificado acreditativo de ostentar la clasificación del licitador en el Grupo R) Servicios de transportes, Subgrupo 5) recogida y transporte de toda clase de residuos, Categoría A» (Acta nº 3). El día 4 de diciembre tiene lugar el acto público de apertura del sobre “C Proposición económica” de la única oferta admitida, y EKO GASTEIZ manifestó su disconformidad con los defectos formales del procedimiento (Acta nº 5).



Es cierto que el proceder del poder adjudicador no es el previsto en el artículo 27 del RLCSP, que no contempla que la apertura de los sobres que contengan la proposición técnica se realicen estando pendiente el trámite de subsanación de la documentación administrativa que prevé el propio artículo, sin embargo, no se aprecia que este defecto formal haya conculcado derecho alguno o haya incurrido en indefensión del recurrente. El motivo último de su exclusión fue que en el trámite de subsanación no acreditó la clasificación exigida ya que lo hizo con posterioridad, incumpliendo las previsiones del artículo 146 del TRLCSP.

Reprocha también el recurrente que en la reunión de la Mesa de 4 de diciembre de 2015 (Acta nº 5) solicitaron que les enseñaran el sobre “B” para ver si estaba abierto, y que la Mesa reconoció este hecho aunque no les enseñaron el sobre. Indican, igualmente, que solicitaron ver el sobre “C”, a lo que la Mesa se negó. El poder adjudicador, en su informe al recurso afirma que ante la solicitud de EKO GASTEIZ se les informó que efectivamente estaba abierto, pero que no insistieron en ver el sobre físicamente. Respecto del sobre “C” añade que sigue cerrado y en poder de la Mancomunidad.

Tal y como señala el recurrente, el artículo 83.3 del RLCAP prevé la suspensión del acto de apertura de proposiciones si existe duda sobre las condiciones de secreto de las proposiciones. Sin embargo, no nos podemos olvidar que el sobre “B”, cuya integridad se pone en duda, fue abierto, con los condicionantes ya expuestos, en la sesión pública de 1 de julio de 2015 a la que no asistió representación alguna de EKO GASTEIZ, por lo que era inevitable que estuviera abierto. Sobre el sobre “C”, debemos remitirnos al contenido del Acta nº 5, de 4 de diciembre de 2015, en el que queda reflejado que solo se abrió el sobre de la única propuesta admitida.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano



Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar los recursos especiales interpuestos por EKO GASTEIZ, S.L. y la UTE formada por INDUSTRIAS SUESCUN, S.A.U. / BIO-OIL, S.L.U., frente a su exclusión del contrato de “Servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en el ámbito de la Mancomunidad de San Marcos con contenedor multienvase ubicados en la vía pública”.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko otsailaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de febrero de 2016