



EB 2018/055

Resolución 077/2018, de 15 de junio de 2018, de la 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Unión Temporal de Empresas Gipuzkoako Portuak contra la admisión de la oferta de otro licitador en el procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de limpieza de superficie terrestre, lámina de agua y recogida de residuos procedentes de los buques en los puertos de Gipuzkoa”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 14 de mayo de 2018 ha tenido entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Unión Temporal de Empresas Gipuzkoako Portuak contra la admisión de la oferta de otro licitador en el procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de limpieza de superficie terrestre, lámina de agua y recogida de residuos procedentes de los buques en los puertos de Gipuzkoa”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El mismo día de su presentación, este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la 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 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 21 de mayo.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 21 de mayo, se han recibido el día 28 de mayo las alegaciones de la Unión Temporal de Empresas IRAGAZ WATIN, S.A. y SERBITZU ELKARTEA, S.L., licitador cuya admisión se impugna (en adelante, la UTE).

CUARTO: Con fecha 22 de mayo, el OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 09/2018, acordando la suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por el recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley 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.” La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 1 de marzo de 2018, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso



previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor” El acto impugnado se dictó con posterioridad al 9 de marzo, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, así como la representación de D. A.U.U. para actuar en su nombre.

TERCERO: El artículo 44.1 a) de la LCSP establece que son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas.

QUINTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SÉPTIMO: Los argumentos que, en síntesis, alega el recurrente son los siguientes:

a) La UTE cuya admisión se impugna ha presentado un certificado de la Dirección de Administración Ambiental del Gobierno Vasco que acredita inscripción de IRAGAZ WATIN como transportista de residuos peligrosos con carácter profesional; dicho certificado contempla los “residuos peligrosos a transportar”, que son de tres tipos y referidos todos ellos a “aceites de sentinas”, pero el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) incluye más tipos de residuos



peligrosos que los comprendidos en esta autorización, por lo que no debió admitirse la proposición de la UTE.

b) Para el caso de las Uniones Temporales de Empresas, el apartado 7 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) establece que alguno de sus componentes debe disponer del título de gestor de residuos tóxicos y peligrosos, por lo que no es suficiente el escrito presentado por la UTE impugnada y suscrito por FCC-AMBITO, que no es integrante de ella, en que se indica que esta empresa gestionará todos los residuos no peligrosos que aparecen en el PPT.

c) Finalmente, se solicita la nulidad o anulación y revocación del acto recurrido y de la admisión de la oferta de la UTE impugnada y a ella como licitadora.

OCTAVO: Por su parte, la UTE impugnada alega, en síntesis, lo siguiente:

a) La UTE ha acreditado disponer de la mínima habilitación empresarial o profesional exigida según el apartado 29.4 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el apartado 7 del PPT, pues entiende que la habilitación se puede integrar con medios externos, al igual que la solvencia, si el licitador dispone de la autorización general para prestar el servicio objeto del contrato.

b) En todo caso, aunque el recurso se estimara, no cabría acordar la exclusión de la UTE, sino la concesión de un plazo para la subsanación, que dicha UTE está en condiciones de aportar, ya que ya ha solicitado, con fecha 17 de mayo, la modificación del alcance de su autorización.

c) Se solicita la práctica de una prueba pericial que acredite que la UTE dispone de todos los medios humanos y materiales necesarios para la ampliación de las autorizaciones de gestión y transporte de residuos a todos y cada uno de los residuos señalados en el PPT.



NOVENO: El poder adjudicador formula las alegaciones que a continuación se resumen:

a) Atendiendo a las prestaciones descritas en los pliegos y a la normativa de aplicación, a los licitadores solo les son exigibles habilitaciones para la recogida y transporte de residuos pero no para su tratamiento ulterior u otras actividades distintas de la gestión de residuos, tales como reutilización, reciclado o valorización.

b) La UTE impugnada ha acreditado, tras petición de subsanación de la Mesa de Contratación, un certificado código LER 130401 (aceites de sentinas procedentes de la navegación en aguas continentales), 130402 (aceites de sentinas recogidas en muelles) y 130403 (aceites de sentinas procedentes de otros tipos de navegación), así como certificado para la actividad de transporte profesional de los mismos y compromiso de recepción por la sociedad FCC AMBITO de todo tipo de residuos tanto peligrosos como no peligrosos abarcando todos los códigos LER indicados en los pliegos.

c) Realizada consulta a la Dirección de Administración Ambiental, se comprueba que la empresa IRAGAZ WATIN posee un certificado de modificación de 9/11/2017 para la actividad de transporte profesional de residuos peligrosos en su condición por cuenta propia como productor y por cuenta de terceros en el que se recogen la mayoría de los códigos LER de residuos peligrosos indicados en los pliegos.

d) Sin embargo, revisados los permisos citados en la letra anterior, la UTE no estaría autorizada para el transporte de algunos residuos peligrosos (baterías usadas de plomo, baterías usadas de Ni – Cd, filtro de aceites, filtros de combustible y restos de revestimiento de pintura), sin perjuicio de que tampoco dispone de los certificados para la actividad de negociante de los residuos peligrosos excluyendo los anteriormente señalados y referidos a los aceites de sentinas. Consecuentemente, el poder adjudicador entiende que la UTE no



cumple con los requisitos legales exigidos para poder ejecutar las prestaciones del contrato

e) Finalmente, el poder adjudicador solicita la estimación del recurso y que el OARC / KEAO se pronuncie sobre el reconocimiento del certificado de actividad de transporte profesional de residuos peligrosos en su condición de transportista por cuenta propia como productor y por cuenta de terceros como válido para la acreditación de la actividad de transportista profesional de residuos en los Códigos LER señalados en el mismo y requeridos en el pliego.

DÉCIMO: El núcleo del debate planteado es si la UTE impugnada tiene o no la habilitación empresarial o profesional adecuada para la ejecución de las prestaciones contractuales. Mientras que el poder adjudicador estima que carece de ella y entiende que el recurso debe prosperar, la UTE reconoce que ninguno de los componentes de la Unión dispone de una habilitación que autorice a la recogida de todos los residuos comprendidos en el contrato, como exige el apartado 7 del PPT, a pesar de lo cual, entiende que el recurso debe desestimarse. Para ello, alega dos razones; la primera es la posibilidad de integrar la habilitación con medios ajenos, del mismo modo que el artículo 63 del TRLCSP prevé para la solvencia, mientras que la segunda alude a la posibilidad de que el poder adjudicador conceda a la UTE un plazo de subsanación para que se pueda acreditar la citada habilitación. A juicio de este OARC / KEAO, ninguno de los dos argumentos es aceptable, según se expone a continuación:

- 1) El apartado 2 del artículo 54 del TRLCSP, titulado “Condiciones de aptitud”, establece que los empresarios deberán contar con la habilitación exigible. A diferencia de la solvencia, cuya integración con medios externos se recoge en el artículo 63 del TRLCSP, no hay ningún precepto que ampare expresamente la posibilidad de integrar la habilitación. Tampoco hay ninguna estipulación de los pliegos que la autorice; por el contrario, la literalidad del punto 7 del PPT establece que



quienes deberán disponer del título de gestor de residuos tóxicos o peligrosos serán “los licitadores del servicio, o en caso de U.T.E. alguno de los componentes de la misma”. La aplicación analógica del artículo 63 del TRLCSP que el recurrente pretende choca con varias dificultades. En primer lugar, el TRLCSP debe interpretarse en el contexto de la Directiva 2014/24/UE, en adelante, “la Directiva”, (ver, por ejemplo, el apartado 43 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, de 17/9/2017, C-54/96), cuyo plazo de incorporación a nuestro Ordenamiento finalizó, para la mayor parte de su contenido, el día 18 de abril de 2016. Por lo que se refiere a la integración, la Directiva positiviza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ver, por ejemplo, las sentencias de 2/12/1999, C-176/98 y de 18/3/2004, C-314/01, así como el artículo 47.2 de la derogada Directiva 2004/18/CE) en su artículo 63, que se refiere únicamente a la integración de los criterios de solvencia económica y financiera y de capacidad técnica y profesional, recogidos en los apartados 3 y 4, respectivamente, del artículo 58 de la Directiva, sin mencionar el apartado 2, que es el que desarrolla el requisito de la habilitación; nótese que la LCSP, norma que traspone la Directiva, sustituye en su artículo 65.2, sucesor del artículo 54.2 del TRLCSP, la palabra “empresarios” por la de “contratistas” para señalar el sujeto de la obligación de contar con la habilitación correspondiente. Por su parte, en segundo lugar, del artículo 54.2 del TRLCSP se deduce que la habilitación es un requisito de capacidad de los operadores económicos relacionado con el objeto del contrato, cuya funcionalidad es impedir que las entidades del sector público contraten con quienes no están legalmente autorizados a desarrollar la actividad de la que se trate. En este sentido, es un requisito de aptitud distinto de la solvencia, la cual pretende asegurar que dicho operador dispone de medios económicos, financieros y técnicos adecuados para ejecutar el contrato con garantías suficientes de éxito, por lo que es plenamente consecuente con su naturaleza que tales medios no estén integrados en la propia organización del licitador siempre que acredite que dispone de



los recursos correspondientes; en cambio, no es posible integrar un requisito de aptitud legal como la habilitación, porque tales requisitos son, por definición, personalísimos, del mismo modo que no cabe la integración de, por ejemplo, la ausencia de prohibiciones de contratar.

- 2) Por lo que se refiere a la posibilidad de subsanar la falta de habilitación, debe señalarse, en primer lugar, que el recurrente no pretende la concesión de un plazo adicional para subsanar defectos de la documentación acreditativa, que es a lo que se refiere el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según la constante interpretación de este precepto seguida por los órganos de resolución del recurso especial (ver, por todas, la Resolución 54/2018 del OARC / KEAO), sino para finalizar el procedimiento administrativo de otorgamiento de una autorización de la que confiesa carecer. Además, la solicitud de inicio de este procedimiento es de 17 de mayo, no solo posterior a la finalización del plazo de presentación de proposiciones sino también posterior a la interposición del presente recurso (14 de mayo) y a que surgiera la duda sobre la suficiencia sobre la habilitación de la UTE en el procedimiento de adjudicación (acta de la Mesa de Contratación del 3 de mayo). Dado que el artículo 146.5 del TRLCSP establece que el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, y que entre dichos requisitos figura la habilitación (ver, a este respecto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, nº 525/2016, de 30 de noviembre, ES:TSJPV:2016:3715, que precisamente anula la Resolución 69/2015 de este OARC / KEAO), este argumento debe también rechazarse.

Consecuentemente, el recurso debe estimarse. A la vista de los argumentos expuestos, no procede la práctica de la prueba propuesta por la UTE impugnada porque su objeto (demostrar que dispone de los medios técnicos y



humanos que le permitirían obtener la habilitación debatida) es irrelevante para la resolución del procedimiento; tampoco procede que este OARC / KEAO se pronuncie expresamente sobre el reconocimiento del certificado de actividad de transporte profesional de residuos peligrosos en su condición de transportista por cuenta propia como productor y por cuenta de terceros como válido para la acreditación de la actividad de transportista profesional de residuos en los Códigos LER señalados en el mismo y requeridos en el pliego, una vez que se ha considerado que la UTE impugnada carece de la habilitación necesaria.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE GIPUZKOAKO PORTUAK contra la admisión de la oferta de la Unión Temporal de Empresas IRAGAZ WATIN, S.A. y SERBITZU ELKARTEA, S.L. en el procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de limpieza de superficie terrestre, lámina de agua y recogida de residuos procedentes de los buques en los puertos de Gipuzkoa”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, anulando la admisión de la oferta de la Unión Temporal de Empresas IRAGAZ WATIN, S.A. y SERBITZU ELKARTEA.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada por la resolución B-BN 09/2018, de 22 de mayo, de este OARC/KEAO.



TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento a este OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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

QUINTO: 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, 2018ko ekainaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de junio de 2018