EB 2018/104

Resolución 144/2018, de 31 de octubre de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto la Unión Temporal de Empresas Gipuzkoako Portuak contra su exclusión del 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 2 de agosto de 2018 se ha presentado 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 pública interpuesto por Unión Temporal de Empresas Gipuzkoako Portuak frente a su exclusión del 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: Con fecha 2 de agosto de 2018 el 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 3 de septiembre.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 7 de agosto, no se ha recibido ninguna

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: <u>Normativa aplicable al contrato y al procedimiento de recurso</u>

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: Legitimación y representación

Consta la legitimación dela UTE recurrente, por haber participado en el procedimiento de adjudicación presentando oferta y la representación de quienes firman en nombre de las empresas agrupadas.

TERCERO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

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: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 b) de la LCSP, pueden ser objeto de recurso especial los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos; en todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en 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: Interposición en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: Régimen jurídico

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: Motivos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) El Acta de la Comisión Central de Contratación (en adelante, CCC) se refiere únicamente al incumplimiento del apartado 7.4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), en concreto, que no se acreditan las autorizaciones administrativas para la recogida de tres códigos LER de residuos no peligrosos (200307, 200108, 200303) y parece deducirse la idea (no clara) de que la exclusión se debe a que no son admisibles los certificados de compromiso de gestión por estar suscritos por terceras personas gestoras autorizadas no incluidas en la UTE. Sin embargo el Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) en su apartado 29.4 exige el compromiso de recepción o conformidad de la entidad receptora para el depósito de cada uno de los residuos contemplados en el Pliego de Bases Técnicas. Otro pasaje de la mencionada acta de la CCC induce a pensar que la razón de imputar a la UTE el incumplimiento del apartado 7.4 del PPT es la de que carece de la calidad de negociante o agente, cuando la concurrencia de este requisito no se exige en los documentos contractuales. Conforme al artículo 3 de la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados, la “Recogida” constituye una operación material de acopio de los residuos, sin ninguna referencia a posición jurídica o a su autoría de acto jurídico alguno (como son el negociante y el agente) y es una operación que pertenece al ámbito más amplio de la gestión de residuos.

b) Quien tiene la habilitación para el transporte de residuos no peligrosos la tiene para la recogida. A este respecto, se solicita como prueba documental que se requiera al Gobierno Vasco que indique si ha concedido habilitaciones de “recogida” de residuos no peligrosos. Además, esta misma situación mantiene una de las empresas integrantes de la UTE en otros contratos y el Gobierno Vasco ha adjudicado un servicio similar a BIDEZAIN sin el requisito

que ahora se exige, lo cual supone una diferencia de trato que carece de toda justificación y solicitándose, asimismo, prueba documental sobre este extremo.

c) La Junta Asesora de Contratación Pública tiene inscrita a la entidad TRAECO, integrante de la UTE recurrente, en el grupo, subgrupo y categoría de clasificación R 5 D “Recogida y transporte de toda clase de residuos”.

d) Finalmente, solicita la nulidad o anulación de la exclusión así como la de la declaración de desierto del contrato y que se reconozca el derecho de la UTE a la adjudicación del contrato.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) Ninguna de las empresas integrantes de la UTE acredita la inscripción en el registro de gestores para la recogida de residuos voluminosos (redes 200307), de residuos orgánicos (200108 y de residuos de limpieza viaria (200303). TRAECO presenta un certificado de inscripción en el Registro de Transportistas de Residuos no peligroso (nº de autorización EUT/010/11) pero no la del Registro de Gestores para la recogida de cada uno de los códigos LER exigidos. Realizada consulta con la Dirección de Administración Ambiental, señalan que la habilitación aportada no es suficiente para acreditar lo solicitado en los pliegos y, por consiguiente, tiene la obligación de estar inscrito en el Registro de Gestores para la recogida y transporte (si se tratase de una autorización anterior a la Ley 22/2011), o en el Registro de negociantes y transportistas, de ser posterior a la mencionada norma.

b) El anexo VIII de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y suelos contaminado regula el contenido de las comunicaciones de las empresas que recogen y transportan residuos con carácter profesional y diferencia entre el Contenido de las comunicaciones de las empresas que transportan residuos con carácter

profesional (apartado 2 del anexo VIII) y el Contenido de las comunicaciones de las empresas que recogen residuos con carácter profesional (apartado 3 del anexo VIII).

c) El incumplimiento de la legalidad en otros contratos no sirve de fundamento para justificar la actuación recurrida.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

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 solicitada en la cláusula 7.4 del PPT y a tal efecto, los argumentos del recurso se refieren a la falta de determinación del motivo de exclusión, la contradicción entre diversas estipulaciones del contrato, las actividades que comprende la autorización administrativa medioambiental y el alcance de la correspondiente clasificación de contratista. A este respecto, las apreciaciones de este OARC/KEAO son las que siguen:

a) La causa de exclusión de la UTE recurrente

El recurrente considera que la causa de exclusión que obra en el Acta de la CCC de 28 de junio de 2018 no es clara y, a partir de ello, realiza diversas hipótesis sobre lo que se ha pretendido decir a efectos de rebatir la decisión de exclusión. No obstante, el acuerdo de la Mesa de contratación es muy claro al manifestar que

(…) detecta el siguiente incumplimiento:
No presenta acreditación de poseer las siguientes autorizaciones de código LER exigidas en el punto 7.4 de los Pliegos Técnicos:

- Voluminosos (redes) 200307
- Residuos orgánicos 200108
- Residuos de limpieza viaria 200303

La licitadora presenta certificados de compromiso de gestión de cada uno de los residuos no peligroso, alguno de los cuales se refiere a terceras empresas Gestoras autorizadas (no

incluidas en la UTE Gipuzkoa Portuak) que disponen de autorización otorgada por la administración pública.
La Mesa de contratación considera que estos certificados de compromiso de gestión con terceros no sirven para cumplir con el requisito exigido en el punto 7.4 de los Pliegos técnicos, esto es, la UTE Gipuzkoako Portuak no tiene el título para todos los residuos recogidos en el Pliego.

Este OARC/KEAO no observa ninguna ambigüedad en los términos en los que la Mesa de contratación manifiesta el incumplimiento que sirve de base para la exclusión de la oferta de la UTE, ya que expresa claramente que ninguna de las empresas agrupadas en la UTE licitadora ha acreditado la habilitación empresarial o profesional exigida en la cláusula 7.4 del PPT para la recogida de tres residuos no peligrosos, en concreto, los de código LER 200307, 200108 y 200303. Resulta claro que la causa de exclusión no se debe a la falta de acreditación de su condición de agente o negociante sino que éstos son argumentos utilizados para reforzar la inexistencia de las citadas habilitaciones.

Consecuentemente, se debe contrastar si la actuación de la Mesa de contratación se ha ajustado a los requerimientos de los pliegos rectores del procedimiento de adjudicación; documentos que no han sido impugnados y por consiguiente son los que norman el procedimiento debiendo estar las partes a lo dispuesto en ellos.

b) Contradicción entre las diversas estipulaciones del contrato.

El recurrente alega que los requerimientos de la cláusula 7.4 del PPT pueden ser confusos o contradictorios con los exigidos en el apartado 29.4 de la carátula del PCAP.

Por un lado, la cláusula 7.4, último párrafo, del PPT se expresa en los términos siguientes:

7. CONDICIONES QUE REGIRÁN EL DESARROLLO DEL CONTRATO
(…)

Los licitadores del servicio, o en caso de U.T.E. alguno de los componentes de la misma, deberán disponer del título de Gestor de residuos tóxicos y peligrosos. Los licitadores deberán disponer la autorización necesaria para recoger los siguientes residuos:

RESIDUOS NO PELIGROSOS	CÓDIGO LER
Madera	200138
Voluminosos (redes).	200307
Papel y cartón.	200101
Metal y chatarra.	150104
Envases de vidrio.	150107
Envases de plástico.	150102
Residuos orgánicos.	200108
Aguas sucias.	200304
Residuos de limpieza viaria.	200303
Mezcla de residuos municipales.	200301

Por otro lado, el apartado 29.4 de la carátula del PCAP dice lo siguiente:

29.4.-Habilitación empresarial o profesional exigible en el momento de presentar oferta: SI. Las exigidas por la normativa que regula la actividad que constituye la prestación contractual y además:

- Certificado de Gestor de los residuos mencionados en el Pliego de prescripciones técnicas, tanto peligrosos como no peligrosos.
- Compromiso de recepción o conformidad de la entidad receptora para el depósito de cada uno de los residuos contemplados en el Pliego de bases técnicas.
- Estar en posesión de la tarjeta IKS-eeM. El sistema IKS-eeM, Sistema de Gestión Integral de la Información Medioambiental, es un instrumento de gestión orientado a las nuevas tecnologías que el Gobierno Vasco pone a disposición de las entidades y ciudadanía en general de la Comunidad Autónoma de Euskadi para facilitar el intercambio de información por medios exclusivamente telemáticos. La empresa podrá tener un sistema propio capaz de interactuar con el sistema IKS-eeM (Decreto 183/2012, de 25 de septiembre, por el que se regula la utilización de los servicios electrónicos en los procedimientos administrativos medioambientales, así como la creación y regulación del registro de actividades con incidencia medioambiental en la Comunidad Autónoma del País Vasco).

Este OARC/KEAO no aprecia ninguna contradicción en las diversas estipulaciones de los pliegos. Si bien la ubicación sistemática de las

autorizaciones exigidas en el PPT no es la correcta, pues deberían haber sido todas ellas relacionadas en el PCAP (véase en este sentido la Resolución 079/2018), lo cierto es que la citada cláusula es clara al requerir estar en posesión de determinadas autorizaciones para la gestión y recogida de determinados residuos. Además, el Compromiso de recepción o conformidad de la entidad receptora para el depósito de cada uno de los residuos contemplados en el Pliego de bases técnicas, al que se refiere el punto segundo del apartado 29.4 ampararía las habilitaciones aportadas por terceras empresas ajenas a las integrantes de la UTE únicamente para la recepción o conformidad de los residuos (peligrosos o no) mientras que, por el contrario, la cláusula 7.4 exige que sea el propio licitador, no un tercero, el que se halle habilitado para la "recogida" de residuos. En este sentido, en su Resolución 77/2018 este OARC/KEAO, con ocasión de un recurso especial interpuesto por la UTE ahora recurrente contra la adjudicación de este mismo contrato e interpretando el mismo PPT que ahora nos ocupa, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de integración de la habilitación con medios ajenos concluyendo que 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".

Consecuentemente, el argumento de que la contradicción entre las bases del procedimiento ampararía una posible integración de las habilitaciones profesionales exigidas, ha de ser desestimado ya que no se aprecia la concurrencia de tal contradicción.

c) Sobre la acreditación de la habilitación exigida

La UTE recurrente manifiesta que una de sus integrantes, TRAECO MEDIOAMBIENTAL, aporta una certificación expedida el 10 de junio de 2011 por el Director de Calidad Ambiental en el que consta que se halla inscrita en el

“Registro de Transportistas de Residuos no peligrosos” con el número EUT/010/11 y alega, en resumen, que quien puede transportar puede recoger todo tipo de residuos no peligrosos, sin aportar ningún argumento legal adicional. Es decir, considera que la habilitación de recogida va implícita en la habilitación de transporte de esos residuos para su destino a una instalación de tratamiento. Sin embargo ello no es así. La Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, a cuyo amparo se expidió la certificación de transportista que a juicio del recurrente le ampara para recoger residuos no peligrosos, define “Recogida” como toda operación consistente en recoger, clasificar, agrupar o preparar residuos para su transporte (artículo 3 letra ll), mientras que en la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados, que viene a sustituirla, es definida como operación consistente en el acopio de residuos, incluida la clasificación y almacenamiento iniciales para su transporte a una instalación de tratamiento (artículo 3 letra ñ). Es decir, en ambas definiciones, tanto en la que figura en la norma derogada como en la que le sustituye, la definición de “recogida” no incorpora el transporte, sino que se refiere a actividades previas a un posterior transporte a una instalación de tratamiento. Consecuentemente, un transportista de residuos no peligrosos con título habilitante anterior a la Ley 22/2011 no puede realizar actividades de recogida de residuos ni antes ni después de la entrada en vigor de esta última norma.

El Anexo VIII de la Ley 22/2011, al regular el contenido de la comunicación de los productores y gestores de residuos, distingue y diferencia el contenido de las comunicaciones de las empresas que transportan residuos con carácter profesional (apartado 2) del contenido de las comunicaciones de las empresas que recogen residuos con carácter profesional (apartado 3) y en ambos casos se requiere que se identifiquen los residuos según el anexo 1 de la Orden/MAM/304/2002, de 8 de febrero, esto es, según los actuales códigos LER.

De lo relacionado se concluye que para realizar operaciones de recogida de residuos se debe contar con la autorización específica que habilita para su

realización y, para obtenerla, se debe realizar la comunicación a la que se refiere el Anexo VIII, en el apartado correspondiente.

En este sentido, se debe recordar que los pliegos de la licitación, que no fueron recurridos, exigen autorización para la recogida de determinados residuos, no para su transporte, y si el licitador consideraba que las autorizaciones solicitadas no eran procedentes o le perjudicaban debió recurrir la estipulación que le impedía participar en el procedimiento.

d) Sobre si la clasificación de contratistas sustituye a las habilitaciones

Manifiesta el recurrente que se halla clasificado como contratista de servicios por la Junta Asesora de Contratación Pública en el grupo R, subgrupo 5 “Recogida y transporte de residuos”.

Esta alegación no puede prosperar. En su sentencia de 13 de diciembre de 2016 (ECLI: ES:TSJPV:2016:4203) el TSJPV afirmó que la clasificación es una presunción de aptitud frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado, en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera y que dicha acreditación se entiende legalmente "salvo prueba en contrario", por lo que concluye que tiene un valor meramente presuntivo. Argumenta la sala que caería en el mayor absurdo que la inscripción, pese a su valor meramente presuntivo, permitiese dar por acreditada cualquier habilitación empresarial, por especifica que fuese, que ni el propio licitador afirmase haber nunca obtenido, y le colocase en una posición ficticia de inmunidad ante toda exigencia de justificación del cumplimiento de las condiciones que le facultan para licitar.

En el supuesto analizado son los propios pliegos rectores del contrato los que solicitan la acreditación de unas determinadas habilitaciones empresariales para el ejercicio de la actividad por lo que su no acreditación supone una

infracción de las propias normas del procedimiento de adjudicación que el recurrente ha dicho acatar al presentar su oferta (cláusula 11.3 del PCAP).

e) Práctica de la prueba propuesta

No procede la práctica de la prueba propuesta por la UTE recurrente porque su objeto (demostrar que no existe una habilitación exclusiva de recogida de residuos no peligrosos) no es precisa para la resolución del procedimiento, habida cuenta de los argumentos expuestos en el apartado c) de este fundamento jurídico. Asimismo, la información sobre actuaciones y decisiones adoptadas en otros procedimientos de adjudicación es irrelevante a efectos de la resolución de este procedimiento, ya que su legalidad o ilegalidad en ningún caso puede comprometer la decisión que ahora se adopte.

f) Conclusión

La decisión adoptada por la Mesa de contratación se ajusta a lo dispuesto en la cláusula 7.4 del PPT, ya que la recurrente no acredita estar en posesión de las habilitaciones de recogida de residuos no peligrosos código LER 200307, 200108 y 200303 exigidas en la misma.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la Unión Temporal de Empresas Gipuzkoako Portuak contra su exclusión del 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: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

CUARTO: 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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko urriaren 31

Vitoria-Gasteiz, 31 de octubre de 2018