EB 2022/211

Resolución 061/2023, de 31 de marzo, 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 empresa TECNOMOVILIDAD, SOCIEDAD COOPERATIVA contra su exclusión en la licitación del contrato de "Suministro, instalación y mantenimiento de equipos y software para la digitalización del servicio de recogida de residuos y limpieza viaria en la comarca de Debabarrena", tramitado por Badesa, S.A.U.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de diciembre de 2022 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 interpuesto por la empresa TECNOMOVILIDAD, SOCIEDAD COOPERATIVA (en adelante, TECNOMOVILIDAD) contra su exclusión en la licitación del contrato de "Suministro, instalación y mantenimiento de equipos y software para la digitalización del servicio de recogida de residuos y limpieza viaria en la comarca de Debabarrena", tramitado por Badesa, S.A.U.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 26 de diciembre, se recibió, el día 28 del mismo mes, en este OARC / KEAO, una copia del expediente de contratación y 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).

Nahi izanez gero, J0D0Z-T4GW0-JXZA bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T4GW0-JXZA en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 28 de diciembre con reiteración el 5 de enero de 2023, se han recibido el día 9 del mismo mes de enero las alegaciones de la mercantil MOBILE AUTOMATION, S.L. (MOBA).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.T.M. que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro y servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que los acuerdos de exclusión podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

No puede aceptarse la alegación de MOBA sobre la extemporaneidad del recurso por recurrir materialmente los pliegos, pues, al margen de la interpretación que de los mismos haga la recurrente, el fundamento del recurso consiste en intentar rebatir la causa de su exclusión que es, por tanto, el acto formal y materialmente impugnado. En consecuencia, el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

QUINTO: **Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, BADESA, S.A.U. tiene la condición de poder adjudicador, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: **Alegaciones de la recurrente**

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

a) Sobre la falta de aportación por parte de la recurrente de contratos o certificados para la acreditación de la solvencia técnica que ha motivado su exclusión, cuando dicha solvencia se cumpla mediante la prestación de servicios anteriores a entidades privadas como es el caso que nos ocupa, no es posible exigir la aportación de certificados o contratos, siendo suficiente con la declaración realizada por el empresario licitador.

b) El PCAP no exige como medio para acreditar la solvencia técnica la aportación de ningún tipo de contrato o certificado, por lo que el órgano contratante ha venido a incorporar a la licitación unos requisitos probatorios exagerados y excesivos. Aun así, se aportan en este momento los contratos con entidades públicas y privadas que se relacionaban en el documento aportado en su día y en los cuales pueden observarse las similitudes más que evidentes entre los servicios prestados y los que son objeto del presente contrato.

c) En lo que se refiere a la interpretación que el órgano de contratación ha dado al concepto “de igual o similar naturaleza” ha de indicarse que (i) el PCAP no establece ningún porcentaje o criterio cuantitativo para poder determinar qué servicios pueden considerarse “de igual o similar naturaleza”, por lo que el órgano de contratación ha establecido por la vía de los hechos un requisito nuevo; (ii) el hecho de que algunos de los contratos realizados con anterioridad no incluyan el aspecto relativo al pesaje, no implica que no puedan ser considerados como de igual o similar naturaleza por lo que han de ser aceptados; y (iii) en lo que a los códigos CPV se refiere ha de tenerse en cuenta la doctrina

del OARC/KEAO sobre la no automaticidad de su aplicación y la relevancia de la similitud material de los servicios prestados, y sobre la no identificación entre similitud e igualdad.

d) Por último, se solicita la anulación del acto impugnado y la retroacción del procedimiento para que se continúe con la tramitación del mismo con la inclusión de la oferta de la recurrente, y se proceda a la adjudicación y formalización del contrato a favor de esta.

SÉPTIMO: <u>Alegaciones de MOBA</u>

La adjudicataria se opone a la estimación del recurso, resumidamente, por lo siguiente:

a) El recurrente no ha aportado contrato o certificado alguno efectuado por cualquiera de las entidades públicas o privadas a las que se han prestado servicios. Una cosa es que en la primera fase de la licitación baste con la declaración responsable y otra que durante el procedimiento no se pueda solicitar información justificativa de aquélla. La causa de la exclusión ha sido que la documentación adicional aportada ha sido considerada insuficiente, no porque no se hayan aportado los contratos o certificados de buena ejecución.

b) La doctrina del OARC/KEAO alegada por la recurrente sobre la no aplicabilidad automática de los tres primeros dígitos del código CPV no es aplicable al presente caso, ya que el PCAP establece en su cláusula 14.3 que "en todo caso, el código CPV de los contratos deberá ser coincidente, al menos en los tres primeros dígitos con el exigido en esta contratación", es decir, existe un parámetro de interpretación claro de lo que significa de "igual o similar naturaleza" en un pliego aceptado por TECNOMOVILIDAD.

c) Hay una falta de similitud cualitativa entre los contratos relacionados por la recurrente y el contrato objeto del presente recurso por referencias a sus CPVs.

d) También existe una falta de similitud cualitativa entre los contratos relacionados por el recurrente y el contrato objeto del presente recurso por referencia a sus prestaciones. Así, el informe técnico que fundamenta la exclusión analiza pormenorizadamente las distintas prestaciones, concluyendo que carecen de la similitud suficiente.

e) Respecto a la alegación relativa a que el órgano de contratación ha modificado el pliego para introducir un criterio cuantitativo en los requisitos de solvencia técnica, hay que indicar que no se excluye al licitador por no aportar contratos con un volumen económico determinado, sino por no acreditar la similar naturaleza entre los contratos relacionados por el recurrente y el objeto de este contrato. En el juicio de la similar naturaleza el disponer de un volumen económico similar es otro indicio para acreditarla.

OCTAVO: <u>Alegaciones del poder adjudicador</u>

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso, en síntesis, por lo siguiente:

a) Con ocasión del trámite del artículo 150.2 de la LCSP, se requirió a la recurrente que presentase la documentación acreditativa previa a la formalización del contrato. Tras el análisis de la misma, se consideró que la documentación aportada para acreditar la solvencia técnica era insuficiente, por lo que se le concedió un trámite adicional con el fin de subsanar dicha falta. Como respuesta a dicho trámite adicional, TECNOMOVILIDAD remitió un documento con una relación de proyectos en el que se incluía un link para el acceso a cada uno de ellos y que fueron objeto de análisis por parte de los servicios técnicos, concluyendo que no quedaba acreditada la solvencia técnica.

b) Si bien es cierto que la declaración responsable es admisible como forma de acreditación de la solvencia técnica y así se le admitió en un primer momento, sin embargo, del contenido de dicha declaración no se podía concluir que se dispusiera de la solvencia requerida por lo que se le concedió un trámite adicional

para que aportase contratos o certificados de las entidades contratantes. En su lugar, presentó una un informe que ampliaba la información relativa a los contratos relacionados en su declaración responsable, pero con remisiones a distintos links y sin aportar ninguna documentación acreditativa.

c) Por tanto, esa ha sido la información que ha podido analizar el órgano de contratación para conocer la solvencia técnica, de forma que los contratos aportados en fase de recurso resultan irrelevantes a efectos de analizar la conformidad a derecho del acuerdo impugnado.

d) De la declaración responsable aportada por TECNIOMOVILIDAD se infiere que de los 13 contratos relacionados solo en cuatro de ellos la recurrente era la contratista de los mismos. Descartados los nueve restantes por no poder determinar qué participación había tenido al recurrente en ellos, del análisis de los cuatro restantes se concluyó que no quedaba acreditada la solvencia técnica pues ninguno de ellos era de igual o similar naturaleza al contrato que nos ocupa, tanto en cuanto al objeto como al importe.

e) En cuanto a los códigos CPV la recurrente pretende utilizar los códigos de contratos en los que no ha sido contratista y sobre los que no ha acreditado participación ni en cuanto al servicio prestado ni a sus características ni su importe. Únicamente en uno de los contratos que se relacionan con códigos similares ha sido contratista la recurrente, contrato que resulta insuficiente para acreditar la solvencia requerida en las cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) establece que la acreditación de la solvencia técnica o profesional ha de hacerse con servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyan el objeto del contrato.

f) Así, no existe, entre el servicio acreditado por la recurrente en la Ciudad de Melilla y el solicitado en la presente licitación, ninguna similitud en cuanto al marco jurídico de referencia, ni con la finalidad y los objetivos de ambos servicios, ni en los destinatarios de los mismos, ni tampoco en las propias prestaciones del servicio.

g) En definitiva, la exclusión no ha venido determinada por una cuestión de experiencia, sino porque el contrato que presenta para acreditar la solvencia técnica o profesional no es de igual o similar al objeto del contrato, que es determinante por su especialidad.

NOVENO: <u>Apreciaciones del OARC / KEAO</u>

La recurrente basa su pretensión en que ha acreditado adecuadamente el cumplimiento de la solvencia técnica o profesional requerida por los pliegos. El análisis del argumento impugnatorio aducido debe partir de las cláusulas del PCAP que hacen referencia a la citada solvencia y su acreditación que, al ser firmes por consentidas, vinculan tanto a los licitadores como al poder adjudicador.

Carátula del PCAP

(…)

14. AUTORIZACIONES/HABILITACIONES EMPRESARIALES O PROFESIONALES, SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA Y TÉCNICA O PROFESIONAL

(…)

3) SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL

Los licitadores aportarán una declaración responsable de los principales suministros y servicios de igual o similar naturaleza, realizados en los últimos 3 ejercicios, que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Como mínimo, se exigirá un suministro y servicio, en los 3 últimos años, similar al suministro y servicio que se contrata.

En todo caso, el código CPV de los contratos deberá ser coincidente, al menos en los tres primeros dígitos, con el exigido en esta contratación.

(…)

PCAP

(…)

22. Contenido de las proposiciones

(…)

4.- Cuando se considere que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de los documentos aportados en las proposiciones o cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento, BADESA, SAU podrán pedir a los licitadores que presenten documentos justificativos de los requisitos previos. Estos documentos podrán presentarse mediante fotocopias, salvo las declaraciones responsables que deberán ser originales.

23. Sobre o Archivo electrónico núm. UNO: "DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA"

(…)

i) Documentos relativos a la solvencia económica, financiera y técnica. En caso de que se especifique en el apartado 14 del cuadro de características, las personas naturales o jurídicas que pretendan contratar con BADESA, SAU deberán acreditar su solvencia económica, financiera y técnica por los medios que se especifiquen en dicho apartado con los medios previstos en los artículos 86, 87, 90 y 92 de la LCSP y declarar responsablemente en el sobre núm. 1, que disponen de la citada solvencia económica y financiera y técnica y autorizaciones/habilitaciones empresariales (AnexoVIII). La solvencia acreditada se valorará según los criterios fijados en el apartado 14 del cuadro de características.

(…)
39. Adjudicación
39.1 Clasificación de las ofertas y propuesta de adjudicación
(…)
39.2 Presentación de la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos por la licitadora que haya presentado la oferta con mejor relación calidad-precio 1.-Aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán a la licitadora que haya presentado la mejor oferta para que, en el plazo de diez (10) días hábiles a contar desde el siguiente a aquel en el que haya recibido el requerimiento, presente la documentación que se relaciona como necesaria para adjudicar el contrato. Esta documentación será la siguiente:
(…)
c) Solvencia económica- financiera y técnica o profesional o que cuenta con la clasificación, en su caso. En caso de no haber aportado con anterioridad, se acreditará la solvencia económica, financiera y técnica o profesional por alguno de los medios previstos en los artículos 87 y 90 de la LCSP y que se especifiquen en el anuncio de licitación y en el apartado 14 del cuadro de características.

Las apreciaciones del OARC / KEAO sobre las cuestiones planteadas en el recurso son las siguientes:

a) Sobre la solvencia técnica o profesional exigida en el PCAP

El umbral de experiencia mínimo requerido al licitador como un requisito de aptitud para participar en el procedimiento de adjudicación del contrato que figura en el apartado 3 de la cláusula 14 de la carátula del PCAP consiste en la exigencia de como mínimo, se exigirá un suministro y servicio similar al suministro y servicio que se contrata", con el límite temporal de que hayan sido efectuados "en los 3 últimos

años". Asimismo, se establece que, En todo caso, el código CPV de los contratos deberá ser coincidente, al menos en los tres primeros dígitos, con el exigido en esta contratación. En definitiva, el propio pliego delimita expresamente que para que los servicios prestados con anterioridad puedan acreditar la experiencia requerida han de ser coincidentes como mínimo en los tres primeros dígitos del CPV con los del presente contrato, por lo que los que no lo sean no podrán ser tenidos en cuenta. Se trata de una cláusula clara y que vincula a todos los intervinientes en el procedimiento de adjudicación.

Por otra parte, si bien los pliegos requieren la declaración responsable como medio de acreditación de la solvencia, el órgano de contratación puede solicitar al licitador aclaraciones sobre ella o documentación complementaria (ver la cláusula 22.4 del PCAP y el artículo 95 de la LCSP).

b) Sobre la similitud o igualdad de la experiencia alegada y la solicitada en el PCAP

Partiendo de lo anteriormente indicado, de los trece servicios alegados por la recurrente únicamente cuatro pueden, en principio, ser tenidos en cuenta a la hora de contrastar su similar naturaleza con la del presente contrato, por ser los únicos en los que coinciden los tres primeros dígitos. Analizada la información proporcionada por TECNOMOVILIDAD sobre estos cuatro servicios, se observa que únicamente en uno de ellos, el relativo al Consorcio Provincial Medio Ambiente de Valladolid, ha sido la recurrente contratista del mismo, mientras que no acredita qué grado de participación o qué relación ha tenido en el resto de los contratos, a pesar de haber sido requerida para ello por el órgano de contratación. Por ello, y a juico de este Órgano, solamente la experiencia relativa al servicio prestado al Consorcio Provincial Medio Ambiente de Valladolid puede ser considerada para acreditar la solvencia técnica exigida. Una vez delimitado el servicio que, conforme a lo establecido en los pliegos puede servir para acreditar la solvencia, procede su análisis con el fin de determinar su similitud con las prestaciones demandadas en el presente contrato.

Este Órgano tiene declarado que la similitud, que no identidad, debe entenderse referida tanto a los aspectos técnicos de la prestación como a la magnitud económica del contrato, que es un indicador de su complejidad (ver, por ejemplo, su Resolución 82/2014). Para este Órgano no hay duda de que las prestaciones del servicio alegado tienen una similitud evidente con las del contrato objeto de la presente licitación, no solo por la coincidencia en cuatro de los cinco códigos CPV, sino también por el propio objeto del contrato. Sin embargo, la similitud no se da respecto de la dimensión económica de ambos contratos; en efecto, mientras que el contrato objeto de la presente licitación tiene un presupuesto máximo de licitación de 779.886,44 €, el acreditado por TECNOMOVILIDAD es de 83.589,32 € + IVA€, esto es, cifra notablemente inferior al del contrato licitado por Badesa, lo cual dista mucho de que pueda ser considerado análogo.

En consecuencia, teniendo en cuenta los parámetros y premisas anteriores, la empresa TECNOMOVILIDAD, a pesar de que acredita haber prestado servicios con el mismo objeto que el de este contrato, no ha acreditado disponer la experiencia en un trabajo de análoga naturaleza, por lo que ha de concluirse que la recurrente carece de la solvencia técnica o profesional exigida en los pliegos de la licitación.

c) Conclusión

A la vista de todo lo expuesto, el recurso debe ser desestimado.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa TECNOMOVILIDAD, SOCIEDAD COOPERATIVA contra su exclusión en la licitación del contrato de “Suministro, instalación y mantenimiento de equipos y software para la digitalización del servicio de recogida de residuos y limpieza viaria en la comarca de Debabarrena”, tramitado por Badesa, S.A.U.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko martxoaren 31

Vitoria-Gasteiz, 31 de marzo de 2023