



**EB 2015/158**

**Resolución 008/2016, de 26 de enero 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 el recurso especial interpuesto por GRUAUTO ASISTENCIA, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Disponibilidad de grúas y retirada urgente vehículos en la A – 8 y accesos”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.**

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 11 de diciembre de 2015 se ha interpuesto ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) por la empresa GRUAUTO ASISTENCIA, S.L. un recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Disponibilidad de grúas y retirada urgente vehículos en la A – 8 y accesos”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

**SEGUNDO:** El recurso fue trasladado al poder adjudicador el día 14 de diciembre, siendo recibidos el expediente 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) el día 18 de diciembre.

**TERCERO:** Con fecha 4 de enero de 2016 se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose el 20 de enero las de la empresa ISLA GRÚAS, S.L.



## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Consta la legitimación del recurrente y la representación de Don F.J. I.O. y Doña M. del C. A.R. que actúan en su nombre.

**SEGUNDO:** El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

**TERCERO:** El artículo 40.2 b) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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; se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.»

**CUARTO:** El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

**QUINTO:** La Administración General de la CAE tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

**SEXTO:** Los motivos impugnatorios aducidos por el recurrente son, en síntesis, los siguientes:

a) En licitaciones anteriores a la que es objeto de impugnación, los Pliegos exigían la acreditación de la capacidad y solvencia económica mediante una declaración sobre el volumen de negocio de los últimos tres ejercicios, siendo la cifra mínima exigida de 100.000 euros anuales. Sin centrarse en el contenido de los pliegos, el recurrente presentó dicha documentación. Mediante la Resolución de 23 de noviembre de 2015, la empresa fue excluida por no presentar la clasificación exigida.



b) La exigencia de clasificación no se recoge en el anuncio del Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), lo que supone una contradicción con el anuncio del Boletín Oficial del País Vasco (BOPV), que se puede interpretar que deja a opción de los licitadores acreditar su solvencia o la clasificación correspondiente. La carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) sí especifica la exigencia de la clasificación a las empresas españolas en su apartado 29.1 (en el grupo R, subgrupo 7 y categoría B o superior) y la posibilidad de que las empresas extranjeras comunitarias acrediten su solvencia, lo que es discriminatorio.

c) La recurrente ha solicitado su clasificación, y es materialmente imposible que la obtenga en plazo para presentarla a la licitación.

d) Finalmente, se solicita la nulidad de la exclusión impugnada y que su oferta sea valorada o, subsidiariamente, que se declare nulo el concurso y se publique uno nuevo.

**SÉPTIMO:** El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) La argumentación del recurso no se dirige contra la Resolución impugnada, sino contra la clasificación exigida en los Pliegos y los anuncios, lo que es una impugnación extemporánea.

b) La clasificación era exigible en el procedimiento al que se refiere el recurso, de acuerdo con la legislación que le es aplicable.

c) No se observan las contradicciones denunciadas en los anuncios de licitación, los cuales ofrecen la información necesaria a los licitadores en su propio texto o por remisión al perfil de contratante.

d) Finalmente, se solicita la declaración de que el recurso es extemporáneo.



**OCTAVO:** Por su parte, ISLA GRÚAS solicita la desestimación del recurso con base en los argumentos que a continuación se sintetizan:

a) De modo arbitrario, el recurrente pretende que el poder adjudicador deje sin efecto un requisito específico recogido en las bases de la licitación y la legalidad vigente.

b) No cabe aceptar la falta de diligencia del recurrente en el análisis de los pliegos de la licitación, siendo plenamente correcta su exclusión y no siendo posible eximirle del cumplimiento del requisito de la clasificación.

c) Los anuncios de la licitación hacen referencia a los pliegos y demás documentación complementaria que rige la licitación.

**NOVENO:** El motivo de la exclusión recurrida es, en síntesis, no acreditar la clasificación en el grupo R, subgrupo 7 y categoría B o superior, requisito exigido en el punto 29.1 de la carátula del PCAP; en concreto, el citado punto dice lo siguiente:

«29.1. Clasificación exigida: Si.

- Grupo R, Subgrupo 7 y categoría B o superior.

En defecto de dicha clasificación, las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea acreditarán por los medios fijados a continuación, los siguientes requisitos de solvencia económica y financiera técnica conforme a los artículos 75 y 78 del TRLCSP, sin perjuicio de la presunción a que se refiere el anexo del pliego relativo a las empresas extranjeras:

Medios de acreditación:

- Solvencia económica y financiera:
  - Medios de acreditación: Se acreditará mediante una declaración sobre el volumen de negocios referidos a los tres últimos ejercicios (2014, 2013, 2012)
  - Requisitos: Dicho volumen de negocios debe ser igual o superior a 100.000 euros anuales.
- Solvencia técnica:



- Medios de acreditación:
  - Declaración indicando la maquinaria y equipos técnicos de que disponga para la ejecución del contrato.
  - Permiso de Circulación de las grúas destinadas al contrato.
- Requisitos:
  - Disponer como mínimo de 3 grúas con capacidad de arrastre hasta 3.500 kg.
  - En el permiso de circulación de todas las grúas deberá constar la anotación en el epígrafe 05: servicios de auxilio en carretera.

Las empresas que no cumplan con ambos requisitos de solvencia técnica no serán aceptadas.»

Una reiteradísima doctrina establece que los pliegos no impugnados en tiempo y forma pasan a ser la norma que rige el procedimiento y que vincula al poder adjudicador y a los licitadores, por lo que al excluir a GRUAUTO el poder adjudicador se habría limitado a aplicar las reglas del procedimiento de adjudicación. Sin embargo, no es menos cierto que, además de la carátula del PCAP, otros documentos del expediente se han referido a los requisitos mínimos exigibles para participar en el procedimiento, en concreto los siguientes:

1) En el punto 7 del anuncio de licitación publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE), titulado “Requisitos específicos del contratista” se señala lo siguiente:

«a) Clasificación (grupo, subgrupo y categoría): Grupo R. Subgrupo 7. Categoría B o superior.»

2) En el punto 7 del anuncio de licitación publicado en el Boletín Oficial del País Vasco (BOPV) , titulado “Requisitos específicos del contratista”, se señala lo siguiente:

«a) Solvencia económica y financiera.



- Medios de acreditación: declaración sobre el volumen de negocios referidos a los tres últimos ejercicios (2014, 2013, 2012).
- Requisitos: dicho volumen de negocios debe ser igual o superior a 100.000 euros anuales.

b) Solvencia técnica y profesional.

- Medios de acreditación:

Declaración indicando la maquinaria y equipos técnicos de que disponga para la ejecución del contrato.

Permiso de Circulación de las grúas destinadas al contrato.

- Requisitos:

Disponer como mínimo de 3 grúas con capacidad de arrastre hasta 3.500 kg.

En el permiso de circulación de todas las grúas deberá constar la anotación en el epígrafe 05: servicios de auxilio en carretera.»

c) En el punto III.2.1), titulado “Situación personal de los operadores económicos, incluidas las exigencias relativas a la inscripción en un registro profesional o mercantil”, del anuncio de licitación publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) se señala lo siguiente:

“III.2.2) Capacidad económica y financiera

Información y trámites necesarios para evaluar si se cumplen los requisitos: Se acreditará mediante una declaración sobre el volumen de negocios referidos a los 3 últimos ejercicios (2014, 2013, 2012).

Nivel niveles mínimos que pueden exigirse: Dicho volumen de negocios debe ser igual o superior a 100.000 EUR anuales.



### III.2.3) Capacidad técnica

Información y trámites necesarios para evaluar si se cumplen los requisitos:

Declaración indicando la maquinaria y equipos técnicos de que disponga para la ejecución del contrato. Permiso de circulación de las grúas destinadas al contrato.

Nivel o niveles mínimos que pueden exigirse:

Disponer como mínimo de 3 grúas con capacidad de arrastre hasta 3500 kg. En el permiso de circulación de todas las grúas deberá constar la anotación en el epígrafe 05: servicios de auxilio en carretera.”

Contrastadas las citadas menciones, se observa que el anuncio del DOUE ni siquiera menciona la clasificación y opta por requerir acreditación de la solvencia, el anuncio del BOE sólo menciona la clasificación, el anuncio del BOPV solicita acumulativamente la clasificación y la acreditación de la solvencia y, finalmente, la carátula del PCAP solicita la clasificación y, alternativamente y sólo para las empresas comunitarias no españolas, la acreditación de la solvencia. Por lo tanto, constan cuatro documentos con cuatro informaciones, distintas y contradictorias entre ellas. Debe señalarse que el artículo 62.2 TRLCSP establece que «los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato», aclarando el artículo 62.1 TRLCSP que la solvencia se sustituye por la clasificación en los casos que sea legalmente exigible. La necesidad de que los anuncios de licitación incluyan los niveles mínimos de solvencia y los medios de su acreditación figura también en los artículos 44.2, 47.4 y 48.6 de la derogada Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que el TRLCSP incorporó al ordenamiento interno. Nótese que estos preceptos no exigen que, además, estos aspectos se incluyan en los pliegos u otros documentos contractuales, requisito que procede solo de la legislación nacional (ver, por ejemplo, el artículo 67 del Reglamento General de Contratos de las



Administraciones Públicas). De ello se deduce que el anuncio de licitación, además de cumplir con las funciones de procurar la máxima concurrencia y de dar noticia a los potenciales interesados de los términos y requisitos del contrato, es un auténtico documento contractual en cuanto contiene los términos que han de regir el procedimiento de contratación, como reconoce ahora expresamente el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (ver, en este sentido, el Acuerdo 107/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón). Llegados a este punto, hay que considerar que la contradicción señalada se produce entre varios documentos contractuales y que afecta a una cuestión decisiva para la admisión o exclusión de los licitadores. Consecuentemente, debe aplicarse el criterio interpretativo de que la oscuridad de los términos de un contrato no puede perjudicar a la parte que no es responsable de ella (artículo 1.288 del Código Civil), en este caso el recurrente, postura reiteradamente mantenida por este OARC / KEAO (ver, por todas, la Resolución 99/2015). La aplicación de esta doctrina implica en este caso que no cabe rechazar la proposición de GRUAUTO por no haber acreditado una clasificación cuya exigibilidad no se desprende de una lectura diligente de la documentación contractual. Debe añadirse que no es aceptable el argumento contrario de que la clasificación es preceptiva según la normativa aplicable al contrato. La remisión del anuncio a la legislación o la necesidad de interpretar el anuncio a la luz de dicha legislación no pueden aceptarse si con ello se pretende eludir la obligación de incluir en el mismo el contenido mínimo legalmente exigido (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2010, asunto C-423/07, en especial, sus apartados 64 y 65). Esta consideración es especialmente oportuna cuando ni siquiera hay, como en el caso analizado, un mismo contenido claro en los diferentes anuncios de licitación. Finalmente, se observa que el poder adjudicador ha infringido el artículo 142.3 TRLCSP, que prohíbe que los anuncios nacionales contengan indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio del DOUE.



**DÉCIMO:** Según lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior, el acto impugnado debe ser anulado. De acuerdo con la información publicada en el perfil de contratante del poder adjudicador, el contrato ha sido adjudicado con fecha 28 de diciembre de 2015, por lo que la retroacción de actuaciones hasta el momento procedimental anterior a la exclusión no permitiría una posterior valoración separada de los criterios de adjudicación discrecionales y los sujetos a fórmulas, como establece el artículo 150.2 TRLCSP. Por todo ello, debe cancelarse toda la licitación e iniciarse, en su caso, un nuevo procedimiento.

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:** Estimar el recurso especial interpuesto por GRUAUTO ASISTENCIA, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Disponibilidad de grúas y retirada urgente vehículos en la A – 8 y accesos”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación.

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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

**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 49 del TRLCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2016ko urtarrilaren 26a**

Vitoria-Gasteiz, 26 de enero de 2016