



EB 2017/086 EB 2017/088

Resolución 091/2017, de 8 de agosto de 2017, 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 la UTE formada por ENVISER, SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.U. – FORESTALES MUGARRI, S.L. y por la UTE formada por GSM MEDIOAMBIENTE, S.A. – FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. – VALORIZACIÓN Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS, S.A., frente a su exclusión de la licitación del contrato de “Servicios para la limpieza viaria de Traña-Maitena y polígonos industriales”, tramitado por el Ayuntamiento de Abadiño.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se han recibido 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) los siguientes recursos especiales en materia de contratación:

.- EB 2017/086 interpuesto por la UTE formada por ENVISER, SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.U. – FORESTALES MUGARRI, S.L., el 30 de junio de 2017 (en adelante, UTE ENVISER-MUGARRI).

.- EB 2017/088 interpuesto por la UTE formada por GSM MEDIOAMBIENTE, S.A. – FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. – VALORIZACIÓN Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS, S.A., el 4 de julio de 2017 (en adelante, UTE GSM-FCC-VTR).



En ambos casos se recurre la exclusión de la licitación del contrato que tiene por objeto los “Servicios para la limpieza viaria de Traña-Maitena y polígonos industriales”, tramitado por el Ayuntamiento de Abadiño.

Remitidos ambos recursos al Ayuntamiento de Abadiño, el expediente de contrato y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), tuvieron entrada en el registro de este OARC / KEAO el día 5 de julio de 2017.

SEGUNDO: El mismo 5 julio de 2017 se trasladó el recurso a quienes figuran en el expediente como interesados, no habiéndose recibido en el plazo otorgado alegación alguna.

TERCERO: Mediante Resolución B-BN 16/2017, de 6 de julio, el titular del OARC / KEAO suspendió cautelarmente la tramitación del procedimiento.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 57 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, establece que «El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.» Ambos recurrentes impugnan su exclusión de la licitación del mismo contrato.

SEGUNDO: Los recurrentes están legitimados para la interposición de los recursos, por tratarse de licitadores excluidos del procedimiento.

En cuanto a la representación, constan la de don C. L.F. y don J.J. G.T. que actúa en nombre de ENVISER SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.U. y FORESTALES MUGARRI, S.L., respectivamente.



En el caso de la UTE GSM, el recurso está firmado únicamente por Don A. G.U. que acredita el poder para representar al GSM y el compromiso de las tres entidades de que en caso de adjudicación del contrato será el representante único de la UTE con poderes bastantes. El artículo 24.2 del Real Decreto 814/2015, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, prevé en el caso de que varias empresas concurren bajo el compromiso de constituir una unión temporal, que cualquiera de ellas pueda interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso, y que si cualquiera de los firmantes del compromiso no desea interponer el recurso podrá ponerlo en conocimiento del órgano resolutorio en cualquier momento del procedimiento anterior a la resolución. A este respecto, en su Resolución 052/2012 este OARC / KEAO ya manifestó que «(...) no consta en el expediente ni en el informe emitido con motivo de la interposición del recurso, que los otros dos componentes de la UTE se hayan opuesto expresamente a la interposición del mismo. Por tanto no hay motivo alguno para negar legitimación a quienes interponen el recurso puesto que en el caso de una resolución favorable a sus intereses aprovecharía a la totalidad de los componentes de la UTE. Mientras que una resolución adversa no produciría perjuicio alguno para sus intereses.» No constando la oposición del resto de empresas que conforman la futura UTE, debe admitirse su representación para la interposición del recurso.

TERCERO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada. En concreto, el contrato objeto de recurso tiene un valor estimado de 2.521.600,00 €,

CUARTO: El artículo 40.2 b) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial «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.» Se recurren los acuerdos adoptados por la Mesa de contratación el día 9 de junio de 2017, que excluyen a las dos UTEs de la licitación, por no acreditar la solvencia exigida en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (en adelante, PCAP).

QUINTO: Los recursos están interpuestos en tiempo y forma.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Abadiño tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SÉPTIMO: Las alegaciones de los recurrentes y del poder adjudicador y las apreciaciones de este OARC / KEAO en ambos recursos son las siguientes:

1.- Recurso de la UTE ENVISER-MUGARRI.

1.1.- Lo que dicen los recurrentes.

a) La Mesa de contratación justifica la inaplicación del artículo 63 del TRLCSP en la literalidad de la cláusula 8.3 del PCAP que no admite tal posibilidad. De las dos empresas que conforman la UTE, ENVISER cumple por sí misma la solvencia económica y técnica requerida, mientras que FORESTALES MUGARRI concurre a la licitación con un mínimo de experiencia propia complementada con la solvencia técnica de URBASER, S.A. a través de la vía prevista por el artículo 63 del TRLCSP. En su defensa invoca el artículo 63.1 de la Directiva 2014/24, los artículos 54.1, 62.1 y 63 del TRLCSP y el artículo 24.1 del RGLCAP, de cuyo contenido extrae las siguientes reglas (i) la obligatoriedad de cumplir por parte de los licitadores las condiciones de solvencia exigidas por el órgano de contratación bien de forma individual, o conjuntamente en UTE con la oportuna acumulación de solvencias de cada miembro integrante de la misma, o bien a través de la cesión de solvencia vía



artículo 63 del TRLCSP a favor de un licitador por parte de un tercero sin necesidad de constituir formalmente una UTE; (ii) para hacer efectiva esta posibilidad, se debe acreditar la disposición efectiva de la solvencia en cuestión.

Dado que FORESTALES MUGARRI no alcanzaba por sí misma la solvencia técnica exigida en los pliegos, complemento su solvencia con la aportada por URBASER, a través de un compromiso firme de ambas empresas, previo a la presentación de la oferta, por el que este último garantizaba la disposición de su experiencia a favor del primero. Apoya su parecer en la STJUE C-341/01, ECLI:EU:C:2004:254, y en el informe 45/2002 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

b) Solicita la anulación del acuerdo impugnado y la readmisión de la propuesta de la UTE en el procedimiento de licitación.

1.2.- Lo que dice el órgano de contratación.

a) El PCAP estableció para las UTEs de forma expresa un apartado concreto en el que se decía que todos y cada uno de sus miembros debían acreditar una determinada solvencia, que todos los licitadores han aceptado al presentar sus ofertas, y la causa de exclusión radica en que no se ha acreditado la solvencia en la forma expresa prevista en el pliego. Apoya su parecer aludiendo al contenido de la Resolución 071/2012 de este OARC / KEAO. El PCAP no contempla ni tenía la obligación de prever que se podía acreditar la solvencia mediante la integración de externos del artículo 63 del TRLCSP; incluso si lo hubiera previsto, el licitador debiera mostrar los medios concretos y efectivos que se destinarían al contrato, y no consta nada de ello.

b) Solicita la desestimación del recurso.



1.3.- Apreciaciones del OARC / KEAO.

La UTE ENVISER-MUGARRI impugna el acuerdo de 9 de junio de 2017 de la Mesa de contratación cuyo contenido, en lo que a la resolución del recurso interesa, es el siguiente:

«Enviser S.A.: acredita ostentar la solvencia requerida aportando la clasificación requerida en el PCAP.

Mugarri, S.L.:

(...)

En cuanto a solvencia técnica-profesional aporta el Anexo IX del Pliego referido al contrato de limpieza de playas del municipio de Getxo, años 2015 y 2016, acompañado de los contratos administrativos. (Por lo que luego se dirá, no procede en este momento debatir si el contrato que ostenta para la limpieza de las playas es o no asimilable a la limpieza viaria, aunque hubiera sido recomendable que se hubiera acreditado de forma más contundente este aspecto con la aportación del pliego técnico del contrato.). Entre la documentación aportada se incluye un escrito de URBASER, S.A. en la que se manifiesta que viene a completar la solvencia técnica de Forestales Mugarri, S.L., y aporta relación de los trabajos realizados.»

Según el apartado 4.- de la cláusula 8.3 del PCAP:

«La solvencia económico y financiera y técnica y profesional de las empresas se entenderá acreditada indistintamente, mediante certificación acreditativa de su clasificación en el Grupo: U, Subgrupo: 1, Categoría: 3 (...) o mediante la aportación de la siguiente documentación:

4-a) Solvencia económico-financiera:

(...).

4-b) Solvencia técnica y profesional:

Los principales servicios realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario público o privado de los mismos y se acreditarán mediante



certificados expedidos o visados por el órgano competente cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un empresario privado, mediante un certificado o declaración de éste.

Será requisito mínimo para acreditar esta solvencia el estar prestando o haber prestado en los últimos 5 años servicios de limpieza viaria en al menos 2 municipios o mancomunidad de municipios o consorcios, con una población igual a 7.500 habitantes

(...).

4-c) Solvencia de las UTEs

En las Uniones Temporales de Empresarios, a efectos de la determinación de la solvencia, cada uno de los integrantes de la unión temporal deberá acreditar en su totalidad la solvencia requerida en los apartados 4-a) y 4-b). Si se opta por acreditar la solvencia mediante la clasificación, todas y cada una deberán estar en el grupo y subgrupo indicado en el apartado 4.

(...).»

Para el caso de la presentación de proposiciones por UTEs, el PCAP prescinde de la acumulación de clasificación o de solvencia, y directamente exige que todas y cada una de las entidades que formen parte de la UTEs deberán acreditar la clasificación exigida o la totalidad de la solvencia prevista en los apartados 4-a) y 4-b).

Según consta en el acta de la reunión de la Mesa de contratación de 9 de junio de 2017, anteriormente reproducida, MUGARRI aportar un contrato de limpieza de playas del municipio de Getxo en los años 2015-2016 y, además, presenta un escrito de URBASER, S.A. en el que manifiesta que viene a completar la solvencia técnica del primero mediante la aportación de trabajos realizados. Sobre esta documentación, la Mesa considera que el pliego no contempla la acumulación de solvencia y que cada uno de los componentes de la UTE debe ostentar la solvencia exigida, lo que en sí mismo es motivo suficiente para concluir que la UTE ENVISER-MUGARRI no alcanza la solvencia requerida. La Mesa de contratación examinó, también, la opción de completar la solvencia



con medios externos, llegando a la conclusión de que el artículo 63 del TRLCSP no era de aplicación dado que el PCAP, no impugnado y ley entre las partes, efectúa una regulación específica respecto a la solvencia para este contrato en particular; además, añade que en la documentación aportada no hay ninguna referencia a que medios en concreto y para este contrato se van a destinar por URBASER, S.A. En definitiva, la Mesa estima que la UTE recurrente no acredita la solvencia requerida y debe quedar excluida de la licitación.

Es cierto, como dice el poder adjudicador, que el PCAP no contempla la acumulación de solvencia entre las entidades que conforman la UTE, y que los pliegos al no haber sido recurridos son la ley del contrato. Sin embargo, la cuestión que plantea la UTE ENVISER-MUGARRI no es tanto la acumulación de solvencia entre empresas, sino la opción de acreditar solvencia mediante la integración con medios externos prevista en el artículo 63 del TRLCSP, que incorpora el también artículo 63 de la Directiva 2014/24, al permitir que «Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.» No podemos estar de acuerdo con la conclusión del poder adjudicador de que el PCAP no permite acudir a la integración de la solvencia con medios ajenos, sencillamente porque el pliego nada dice al respecto y el artículo 63 del TRLCSP expresamente lo contempla, de modo que el silencio de los pliegos no puede ser considerado como una prohibición que impide acudir a una fórmula legalmente establecida.

Cuestión distinta, que también plantea el poder adjudicador, es determinar si la documentación que aporta MUGARRI cumple o no con lo previsto en el artículo 63 del TRLCSP. Sobre esta cuestión, este Órgano en su reciente Resolución 086/2017 ha manifestado que los artículos mencionados de la Directiva 2014/24 y del TRLCSP «(...) han de ser interpretados en coherencia con la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 14 de enero de 2016, «Ostas celtnieks» SIA, C-



234/14, ECLI:EU:C:2016:6, apartados 23 y 25) que reconoce a los operadores económicos el derecho a basarse, para un contrato determinado, en las capacidades de otras entidades, «independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas» para demostrar su capacidad financiera, económica y técnica con vistas a su admisión en un procedimiento de licitación, siempre que demuestren ante la entidad adjudicadora que dispondrán de los medios necesarios para ejecutar dicho contrato.» Dicho de otra manera, no es tanto la naturaleza o el grado de vinculación entre entidades, sino la demostración de que el licitador que lo propone acredite que, en el caso de resultar adjudicatario, dispondrá de los medios necesarios, propios y ajenos, para la ejecución del contrato.

De la documentación que obra en el expediente se observa que MUGARRI aporta en el Anexo IX “Modelo de presentación de solvencia técnica” una declaración de trabajos realizados que abarca los “Servicios de limpieza de playas del Municipio de Getxo, que incluye la limpieza viaria de los paseos marítimos, calzadas y viales colindantes, así como la limpieza de papeleras” durante los años 2015 y 2016, que está acompañada de los correspondientes certificados y documentos acreditativos. También incluye un escrito en el que URBASER afirma ser conocedor del interés de MUGARRI de concurrir a la licitación del “Servicio de limpieza viaria municipal” del Ayuntamiento de Abadiño, y en virtud del artículo 63 del TRLCSP, declara bajo su responsabilidad (i) que conoce el pliego de condiciones particulares de la licitación y los documentos que la integran; (ii) que dispone de la experiencia necesaria en contratos de limpieza viaria para completar la solvencia técnica profesional de MUGARRI, en los términos que se detallan en el pliego de condiciones, al objeto de que ésta pueda llevar a buen fin el objeto de la presente licitación en caso de resultar adjudicataria. A continuación aporta una lista de servicios de limpieza viaria realizados entre 2011-2015 y los certificados correspondientes.

Sobre la validez del documento de compromiso de URBASER para completar la solvencia de MUGARRI, debemos hacer referencia de nuevo a la STJUE C-234/14, ECLI:EU:C:2016:6, anteriormente citada, que en su considerando 26



señala que «(...) corresponde al poder adjudicador comprobar la aptitud de licitador para ejecutar el contrato determinado. El objeto de dicha comprobación es, en particular, brindar a aquél la garantía de que, durante el período a que se refiere el contrato, el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados (...)», mientras que el considerando 28 afirma que «(...) el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la ejecución de un contrato determinado es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con ellos, y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica». Asimismo, se ha de tener presente que corresponde al licitador que se basa en los recursos de otros acreditar dicho extremo (Véase la sentencia de 18 de marzo de 2004, Siemens y ARGE Telecom, C-314/01, ECLI:EU:C:2004:159, apartado 44 y la jurisprudencia que se cita) y que una persona que invoque las capacidades técnicas y económicas de terceros a los que se proponga recurrir si se le adjudica el contrato sólo puede ser excluida en el caso de que no demuestre que, efectivamente, dispone de tales capacidades (apartado 46).

Proyectada esta doctrina al supuesto que nos ocupa, este OARC / KEAO considera que el compromiso aportado no satisface la finalidad a la que obedece el art. 63 del TRLCSP, que es la de brindar al poder adjudicador la garantía de que, durante el período a que se refiere el contrato, el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados, pues no demuestra que MUGARRI dispone, efectivamente, de las capacidades de URBASER para la ejecución del contrato. En este sentido, el documento es una declaración meramente formal de que URBASER dispone de la experiencia necesaria, pero sin especificar la forma concreta en que esta capacidad estará a disposición de la licitadora como, por ejemplo, señalando qué recursos pone esta última a disposición de la primera para completar su falta de experiencia.



2.- Recurso de la UTE GSM-FCC-VTR.

2.1.- Lo que dicen los recurrentes.

a) La UTE GSM-FCC-VTR acreditó su solvencia mediante la clasificación de todas las empresas integrantes, aportando los correspondientes certificados oficiales. La Mesa de contratación entiende que VTR no dispone de la clasificación exigida porque figura como inscrita para los grupos O y Q, cuando el PCAP exige el grupo U y, en consecuencia, resuelve excluir a la UTE del procedimiento de licitación.

Afirman los recurrentes que en las UTEs la carencia de solvencia de alguno de sus componentes puede acumularse a la del resto de miembros de la unión temporal, y aluden a los artículos 67.5 del TRLCSP y 52.2 del RGLCAP, según los cuales las empresas que concurran a la licitación en forma de unión temporal deberán haber obtenido previamente la clasificación como empresas de obra o servicios en función del tipo de contrato, pero no que lo sean en el mismo grupo o subgrupo de los exigidos en la licitación; añadiendo que conforme a la legislación indicada, la clasificación exigible sólo alcanza a la genérica del tipo de contrato al que se opte. Apoya su parecer en las Resoluciones 077/2012 y 556/2013 del TACRC y en la Resolución 164/2014 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Respecto de la interpretación que la Mesa hace del apartado 4-c de la cláusula 8.3 del PCAP, sostienen los recurrentes que los pliegos deben acomodarse al TRLCSP y a la jurisprudencia que lo interpreta, pues lo contrario supondría la quiebra del sistema de fuentes.

Prosiguen señalando los recurrentes que la Resolución 071/2012 de este OARC / KEAO, que invoca el poder adjudicador, no guarda relación de analogía con el supuesto que aquí se examina, puesto que en aquél caso los



profesionales que concurrían en unión temporal de empresas a la licitación no estaban clasificados, por lo que no era posible aplicar la regla de la acumulación en los términos expuestos, y el requisito que debe ser cumplido por todos los miembros se circunscribe a estar clasificado para el tipo de contrato relevante, sin necesidad de que todas las empresas estén inscritas en el grupo y subgrupo referido.

b) Solicita que (i) se anule y deje sin efecto el acuerdo de 9 de junio de 2017 de la Mesa de contratación que acordó la exclusión de la UTE GSM-FCC-VTR de la licitación; (ii) se retrotraigan las actuaciones al momento previo a aquel en que se produjo la exclusión de la UTE.

2.2.- Lo que dice el órgano de contratación.

a) En ningún lugar del pliego se exige que todas las empresas de las UTEs deben acreditar una determinada clasificación, algunas podrán acreditar la solvencia exigida con la clasificación, y las que no lo tengan lo podrán acreditar en la forma que dice el pliego aportando certificados de ejecución o de estar ejecutando trabajos de limpieza viaria. VTR, integrante de la UTE, al carecer de clasificación en el grupo y subgrupo exigido podría haber aportado acreditación de que había prestado o estaba prestando servicios de limpieza viaria en dos municipios.

El PCAP de forma expresa estableció que todos y cada uno de los miembros de las UTEs debían acreditar una determinada solvencia. Se han respetado los principios de transparencia e igualdad de trato y todos los licitadores han conocido y aceptado que la solvencia se podía acreditar de las dos formas citadas: bien con la clasificación en el grupo y subgrupo exigido, o bien con certificados de ejecución. Apoya su parecer en el informe 8/2009 de la Comisión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía y en la Resolución 071/2012 de este OARC / KEAO.



b) Solicita la desestimación del recurso especial por ser el acuerdo recurrido ajustado a derecho.

2.3.- Apreciaciones del OARC / KEAO.

La UTE GSM-FCC-VTR impugna su exclusión de la licitación e invoca para ello los artículos 67.5 del TRLCSP y 52 del RGLCAP que regulan la acumulación de clasificaciones de empresarios que concurran agrupados en UTEs.

El acuerdo adoptado por la Mesa de contratación se funda en que VTR no acredita la solvencia requerida por ninguno de los medios permitidos en el PCAP, y no cabe la acumulación de la solvencia de las demás integrantes de la UTE por ser de aplicación la exigencia del pliego que de forma expresa requiere que cada uno de los integrantes de la UTE debe acreditar toda la clasificación o solvencia.

Se debe recordar que el apartado 4.- de la cláusula 8.3 del PCAP prevé que la solvencia técnica y profesional de las empresas se entenderá acreditada indistintamente mediante certificación acreditativa de su clasificación en el que Grupo: U, Subgrupo: 1, Categoría 3, o mediante la aportación la solvencia prevista en el apartado 4-b, anteriormente reproducido; asimismo, el apartado 4-c, que por su trascendencia volvemos a reproducir, añade que «En las Uniones Temporales de Empresarios, a efectos de la determinación de la solvencia, cada uno de los integrantes de la unión temporal deberá acreditar en su totalidad la solvencia requerida en los apartados 4-a) y 4-b). Si se opta por acreditar la solvencia mediante la clasificación, todas y cada una deberán estar en el grupo y subgrupo indicado en el apartado 4.»

Como señala el poder adjudicador en su informe, el contenido de la cláusula 8.3 del PCAP es claro y respetuoso con el principio de transparencia, y era conocido y aceptado por los licitadores cuando presentaron sus ofertas, sin que



su contenido fuera impugnado, lo que convirtió al PCAP en la “Ley del contrato”.

Los recurrentes aluden a que el acuerdo de exclusión, con su lectura literal de la cláusula 8.3 del PCAP, pretende apartarse de lo establecido en el TRLCSP, y quebrar el sistema de fuentes, al otorgar preminencia al pliego respecto de las disposiciones legales. A juicio de este OARC / KEAO la redacción del apartado 4-c de la cláusula 8.3 del PCAP reproducido es claro y sólo puede interpretarse de una forma: todas las empresas integrantes de una UTE deben acreditar la totalidad de la solvencia requerida bien mediante la clasificación en el grupo y subgrupo exigido bien mediante la acreditación de los extremos contemplados en los apartados 4-a) y 4-b) de la citada cláusula 8.3 del PCAP. Lo que los recurrentes están impugnando, en realidad, es el contenido del apartado 4-c que les impide el acceso a la adjudicación del contrato.

Es cierto que los artículos 67.5 del TRLCSP y 52 del RGLCAP, que regulan la acumulación de clasificaciones de empresarios que concurren agrupados en UTEs, se basan en un sistema de acumulación de características de empresas que previamente hayan obtenido la clasificación como empresas, en este caso, de servicios. Pero no es menos cierto que los pliegos eran claros y fueron aceptados por quienes concurren a la licitación, y al ser consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma vinculan tanto a la administración como a los licitadores. No obstante, este OARC / KEAO ha permitido el acceso excepcionalmente a la impugnación de los pliegos con motivo de un recurso contra la exclusión o la adjudicación del contrato. Así, en su Resolución 016/2017, con cita en la Resolución 009/2017, ha admitido:

«La posibilidad de impugnar, con ocasión del recurso contra la exclusión o la adjudicación, un apartado de los Pliegos que no ha sido objeto de recurso según lo dispuesto en los artículos 40.2 a) y 44.2 c) del TRLCSP, figura generalmente conocida como “recurso indirecto”, ha sido objeto de reiterados pronunciamientos de este OARC / KEAO (ver, por todas, las resoluciones 41/2016 y 111/2016) y, en resumen, la posición que de ellos se deduce es la siguiente:



- La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial una vez que éste no se ha interpuesto en plazo, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJUE (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.

- Lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE a partir de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación, pueden recurrirse en el plazo previsto para recurrir dicha adjudicación; ese es precisamente el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58, en la que el criterio de adjudicación debatido era “compatibilidad con las necesidades del poder adjudicador”).

- Con base en lo anterior, este OARC / KEAO ha aceptado que, a propósito de la impugnación de la exclusión de un licitador o de la adjudicación del contrato se plantee un recurso indirecto contra los pliegos, limitándolo a los casos en los que la aplicación de una cláusula afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver, por ejemplo, la Resolución 129/2015 del OARC/KEAO).»



De lo referido se concluye que la norma general es la preclusividad del plazo para la impugnación de los pliegos, y que la excepción nace cuando con posterioridad la aplicación de una cláusula afectada de nulidad permite al poder adjudicador excluir al licitador de un modo arbitrario.

Pues bien, nada de esto ocurre con la cláusula que se impugna, ya que su contenido ha sido claro y constante a lo largo del procedimiento, sin que su aplicación haya sido arbitraria para los recurrentes, que conocían su contenido y lo consintieron desde el momento en que no lo impugnaron. Además, nada impidió a quien no disponía de la clasificación exigida que acreditara su solvencia técnica y profesional en la forma prevista en el apartado 4-b) de la cláusula 8.3 del PCAP, incluso recurriendo a la integración de solvencia con medios externos del artículo 63 del TRLCSP.

En consecuencia, no puede acogerse la pretensión de los recurrentes de declarar nulo el acuerdo de la Mesa de contratación que les excluye de la licitación, y el recurso debe desestimarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar los recursos especiales interpuesto por la UTE formada por ENVISER, SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.U. – FORESTALES MUGARRI, S.L., y la UTE formada por GSM MEDIOAMBIENTE, S.A. – FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. – VALORIZACIÓN



Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS, S.A. frente a su exclusión de la licitación acordada en la reunión de 9 de junio de 2017 de la Mesa de contratación.

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

TERCERO: Levantar la suspensión cautelar acordada por Resolución B-BN 16/2017, de 6 de julio.

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, 2017ko abuztuaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de agosto de 2017