



EB 2022/162

Resolución 030/2023, de 14 de febrero, 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 mercantil DAORJE, S.L.U. contra los pliegos del contrato “Servicio de transporte de contenedores de los garbigunes y de la planta de clasificación del vertedero de Urteta, pertenecientes a la Mancomunidad Urola Kosta”, tramitado por la Mancomunidad Urola Kosta.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de octubre 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 DAORJE, S.L.U. contra los pliegos del contrato “Servicio de transporte de contenedores de los garbigunes y de la planta de clasificación del vertedero de Urteta, pertenecientes a la Mancomunidad Urola Kosta”, tramitado por la Mancomunidad Urola Kosta.

SEGUNDO: El día 18 de octubre 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 20 de octubre.





TERCERO: Por la Resolución B-BN 033/2022, de 28 de octubre, este Órgano acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.A.F. 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 servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Mancomunidad de Urola Kosta tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Argumentos del recurso

Los motivos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) Los pliegos incumplen la obligación contenida en el artículo 2.3 del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, que modifica el artículo 38 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de contrato de transporte terrestre (en adelante, “Ley 15/2009”), de contemplar la revisión de precios en la actividad de transporte por incremento del precio de los carburantes.
- b) Se ha omitido la obligación, alternativa a otros medios de acreditación de la solvencia, de fijar en los pliegos el grupo y subgrupo de clasificación y la categoría mínima exigible a los licitadores.
- c) Se infringe la obligación de identificar el precio unitario para la preparación de la oferta, pues la contradicción existente dentro del pliego entre la cláusula 5, donde el precio unitario se expresa en euros por kilómetro y el Anexo VI “Proposición económica” donde se solicita un precio unitario por tonelada, impide a la recurrente presentar una oferta.
- d) Finalmente, se solicita que se declare la nulidad o anulación de los pliegos impugnados

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso alegando lo siguiente:

- a) El Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, no está dirigido a los contratos de servicios que puedan adjudicar las administraciones públicas y el servicio licitado no es equiparable al contrato de transporte terrestre de mercancías regulado en la Ley 15/2009. Por el contrario, se rige por la LCSP en el que la norma general es la no revisión del precio (artículo 103.1 de la LCSP).



b) La alegación sobre el quebrantamiento de la obligación de identificar el grupo y subgrupo correspondiente a la clasificación como empresa contratista de servicios no se ajusta a una correcta interpretación del artículo 77.1.b) de la LCSP donde se dispone, expresamente, que para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario. Por el contrario, la posibilidad de acreditar la solvencia mediante la clasificación está avalada por la jurisprudencia (sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de abril de 2022), siendo ésta la razón por la que la no identificación expresa sea una causa de nulidad o anulabilidad de los pliegos.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, el reclamante solicita que los pliegos del contrato incluyan la revisión del precio del contrato en los términos del artículo 38 de la Ley 15/2009, la determinación del grupo y subgrupo de clasificación y su categoría a acreditar de forma alternativa a la solvencia exigida, y la aclaración de la contradicción que figura en los pliegos sobre qué ha de versar el precio unitario a ofertar. Las consideraciones de este Órgano sobre estas cuestiones son las siguientes:

a) Sobre el régimen jurídico de la revisión de precios del contrato

El recurrente considera que es de aplicación al contrato cuyos pliegos impugna la “Ley 15/2009” y, por consiguiente, lo dispuesto en su artículo 38 conforme a la redacción dada por el “Real Decreto-ley 3/2022”, consistente en aplicar la revisión del precio del transporte en función de la variación del precio del combustible. Este OARC / KEAO considera que dicha alegación no puede prosperar por las siguientes razones:

- 1) El contrato impugnado está incluido en el ámbito objetivo de la LCSP; concretamente, se trata de un contrato de servicios de los descritos en el artículo 17 de dicha norma. Ello supone que, en todo caso, el régimen



jurídico de los contratos públicos es normativa especial respecto al de la citada Ley 15/2009, normativa general.

- 2) Consecuentemente, debe aplicarse al caso el sistema de revisión de precios establecido en los artículos 103 y siguientes de la LCSP para todas las entidades del sector público, que no permite la revisión que reclama DAORJE. Este criterio se confirma por lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que establece que las revisiones de los precios y tarifas de los contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (hoy en día, la LCSP) se regirán por lo dispuesto en el mismo.
 - 3) Además, a juicio de este Órgano, no parece que las prestaciones del contrato analizado sean propias de los contratos regulados en la Ley 15/2009, que se refiere al transporte de mercancías por carretera, pero no al traslado de residuos, recogido en el Real Decreto 553/2020, de 2 de junio, por el que se regula el traslado de residuos en el interior del territorio del Estado (ver, en este sentido, la Resolución 189/2022 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).
- b) Sobre la obligación de especificar en los pliegos el grupo y subgrupo de clasificación y la categoría mínima exigible a los licitadores

El recurrente considera que los pliegos han de ser anulados porque no especifican el grupo y subgrupo de clasificación y categoría de contratista de servicios, alternativa a la acreditación de la solvencia. Este motivo de impugnación ha de ser estimado por las siguientes razones:

- 1) Conforme al artículo 77.1.b) de la LCSP la clasificación no es exigible en los contratos de servicios. No obstante, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o



subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato, según el Vocabulario común de contratos públicos aprobado por Reglamento (CE) 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, el anuncio de licitación o la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se establecerán, además de los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional, el grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible. En tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación y categoría de clasificación correspondientes al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato.

- 2) El punto 1 del Anexo I del PCAP identifica las prestaciones que son objeto del contrato en el Código CPV 90500000-2 (servicios relacionados con desperdicios y residuos) y en su aparato 11, donde se relacionan los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica, en lo que concierne a la clasificación a exigir especifica que “NO procede”.
- 3) En el ANEXO II del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, “RD 1098/2001”), donde se relaciona la correspondencia de los subgrupos de clasificación de servicios con los códigos CPV de los trabajos incluidos en cada subgrupo, se observa que no consta el código CPV 90500000-2 (“Servicios relacionados con desperdicios y residuos”). No obstante, teniendo en cuenta que el objeto del contrato consiste en el transporte profesional de residuos, a juicio de este Órgano el código CPV 90512000-9 “Servicios de transporte de desperdicios” resulta más preciso para identificar el objeto del contrato que el especificado en el PCAP y dicho código se corresponde en el citado



Anexo II del “Real Decreto 1098/2001”, con el Subgrupo de clasificación R-5.

- 4) Es cierto que, como indica el poder adjudicador, la cláusula 10 del PCAP especifica que para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario, si bien el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación y categoría de clasificación correspondientes al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia detallados en el apartado 11 del Anexo I, pero también lo es que este apartado en lo referente a “clasificación” especifica “NO”. Consecuentemente, esta contradicción en el PCAP ha de ser corregida y se debe proceder a identificar el grupo y subgrupo de clasificación (en este supuesto el R-5) y categoría de contratista de servicios que, de forma alternativa, permita acreditar la solvencia del licitador. Téngase en cuenta que, tal y como señala este OARC / KEAO en su Resolución 68/2018, la obligación de transparencia implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, apartado 111, asunto C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de



diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO).

- 5) La sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de abril de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:2272) alegada por el poder adjudicador no es de aplicación por versar sobre un supuesto de hecho diferente al que ahora nos ocupa, pues en ella se debate si el grupo, subgrupo y categoría de clasificación de contratistas expresamente previstos en el pliego como medio alternativo a la acreditación de la solvencia, abarcan la acreditación de requisitos específicos de solvencia.

- c) Acerca de la contradicción en la descripción de la unidad sobre la que ofertar el precio del contrato

Manifiesta el poder adjudicador que el error alegado por el recurrente en la descripción de la unidad sobre la que ofertar el precio (euros/tonelada o euros/kilómetro) ha sido objeto de subsanación en el perfil de contratante. Nos encontramos, pues, ante un error que ha sido objeto de corrección por lo que decae este argumento impugnatorio.

- d) Conclusión

A la vista de lo reseñado en el apartado b) del Fundamento Jurídico octavo de esta Resolución el recurso debe ser estimado parcialmente. La consecuencia de ello es que en el apartado 11 del Anexo I del PCAP se deberá especificar el grupo y subgrupo y categoría de clasificación de contratistas de servicios. Asimismo, procede cancelar la licitación, pues resulta de aplicación a los criterios de selección (véase, en este sentido la sentencia del TGUE, asunto T-525/19, ECLI:EU:T:2021:202, apartado 57 y siguientes) la jurisprudencia del TJUE que



ha declarado que en el caso de que se anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, no puede válidamente, sin violar los principios de igualdad de trato y de transparencia, continuar el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión (sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651, apartado 94) (ver, asimismo, la Resolución 006/2023 de este OARC / KEAO).

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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por DAORJE, S.L.U. contra los pliegos del contrato “Servicio de transporte de contenedores de los garbigunes y de la planta de clasificación del vertedero de Urteta, pertenecientes a la Mancomunidad Urola Kosta”, tramitado por la Mancomunidad Urola Kosta en los términos expuestos en el apartado d) del Fundamento Jurídico Octavo de esta Resolución, cancelando la licitación.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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



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

Vitoria-Gasteiz, 2023ko otsailaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de febrero de 2023