



Erref / Ref: Recurso Especial OBRAS PUBLICAS ONAINDIA, S.A. contra la adjudicación del servicio de explotación y mantenimiento de la red de puntos limpios rurales de Araba-Alava.

Esp Zenb / N° exp: 2020/6- RE

RESOLUCION 9/2020

En Vitoria-Gasteiz, a 22 de enero de 2021.

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en relación con el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por D. José Luis Bajos Eguileta, en representación de la mercantil “OBRAS PUBLICAS ONAINDIA, S.A.”, componente de la UTE ONAINDIA MENDIOLA, contra la adjudicación del servicio de explotación y mantenimiento de la red de puntos limpios rurales de Araba-Alava.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE “OBRAS PUBLICAS ONAINDIA, S.A.” y como DEMANDADA la DIPUTACION FORAL DE ÁLAVA, siendo el órgano de contratación el Consejo de Gobierno Foral, y el tramitador del expediente el Servicio de la Secretaría Técnica de Medio Ambiente y Urbanismo (expte. 30/38).

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El procedimiento de licitación del expediente para contratar el servicio de explotación y mantenimiento de la red de puntos limpios rurales de Araba-Alava se aprobó mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 267/2020, de 16 de junio.

2º.- El anuncio de licitación se publicó el 17 de junio de 2020 en el perfil del contratante y en la Plataforma de Contratación Pública de Euskadi.

3º.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas las licitadoras “CESPA GESTION DE RESIDUOS, S.A.”, “CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L” y la “UTE ONAINDIA MENDIOLA”.

4º.- Por Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral, de 1 de diciembre de 2020, se adjudica el contrato del servicio de explotación y mantenimiento de la red de puntos limpios rurales de Araba-Alava a la empresa “CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L.”

5º.- El 4 de diciembre de 2020 tiene entrada en el Registro Electrónico Común de la Diputación Foral de Alava escrito presentado por D. José Luis Bajos Eguileta, en representación de la



mercantil “OBRAS PUBLICAS ONAINDIA, S.A.”, componente de la UTE ONAINDIA MENDIOLA, por el que interpone recurso especial contra la adjudicación del servicio de explotación y mantenimiento de la red de puntos limpios rurales de Araba-Alava.

El recurso se fundamenta en que conforme al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, dictado en el procedimiento de Concurso Ordinario 3265/2020-E de fecha 30 de noviembre de 2020, se ha declarado en Concurso Voluntario a CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L., por lo que dicha mercantil se encuentra incurso en causa de prohibición de contratar con la administración, lo que le imposibilita para la firma del contrato previsto en el acuerdo de adjudicación.

Solicita que se anule y deje sin efecto la adjudicación realizada en favor de CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L, declarando la imposibilidad de la concursada para suscribir el contrato con la Diputación Foral de Alava.

6º.- Con fecha 7 de diciembre de 2020 la Dirección de Medio Ambiente y Urbanismo requirió a la adjudicataria para que en el plazo improrrogable de 10 días hábiles aportase la siguiente documentación:

(i). Informe descriptivo acerca de la situación fáctica actual de declaración de concurso necesario de Contenedores Escor Vitoria S.L., con expresión y declaración responsable acerca de si se encuentra incurso en la causa de prohibición de contratar contemplada en el artículo 71.1 c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.”

(ii). En su caso, sentencia aprobatoria del concurso y/o demás documental que estime oportuna para la defensa de sus intereses.

7º.- El 11 de diciembre de 2020 se dio traslado del recurso a la mercantil “CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L.U.” para la presentación de las oportunas alegaciones.

8º.- Por Resolución de este OAFRC 7/2020, de 15 de diciembre, se acuerda mantener la suspensión de la adjudicación.

9º.- El 18 de diciembre de 2020 “CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L.U.” presenta escrito alegaciones en el que sostiene que la causa de prohibición de contratar en la que incurre no es absoluta, sino que admite excepciones como el supuesto de que haya adquirido eficacia un convenio.

A tal efecto acompaña como doc. nº 1 escrito presentado ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria -Gasteiz por el que comunica la intención de la concursada de proceder a la presentación de una propuesta anticipada de convenio y en caso que no fuera posible, la intención de la concursada de presentar una propuesta ordinaria de convenio.

Solicita se dicte resolución por la que se acuerde desestimar íntegramente el recurso o, subsidiariamente, estimarlo ordenando la retroacción del procedimiento de licitación al momento anterior al requerimiento a ESCOR para que demuestre que no está incurso en prohibición de contratar por concurrir la excepción de haber alcanzado un convenio eficaz con los acreedores.

10.º- El 23 de diciembre de 2020 tuvo entrada en el Registro Electrónico Común de la Diputación Foral de Álava escrito de la adjudicataria, atendiendo al requerimiento de la Dirección de Medio Ambiente y Urbanismo, del que se extraen los siguientes hechos:

- La adjudicataria ha sido declarada en concurso voluntario de acreedores mediante auto de 30 de noviembre de 2020 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz.



- La adjudicataria ha comunicado en el marco del procedimiento concursal su intención de alcanzar una propuesta anticipada de convenio con sus acreedores que sea aprobada y eficaz.

- Al objeto de probar que la solvencia de la adjudicataria para ejecutar el contrato no se verá comprometida por la situación transitoria de concurso de acreedores, aporta documentación en virtud de la cual DAORJE MEDIOAMBIENTE S.A. cede a ESCOR (filial de la anterior) todos los medios.

11º.- El 11 de enero de 2021 se emite el informe del órgano tramitador del expediente que argumenta que la LCSP dispone que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

c) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

A su vez, el artículo 393 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, dispone que el convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe.

En consecuencia, no existiendo en la actualidad un convenio de acreedores judicialmente aprobado, por sentencia, no queda sino concluir la imposibilidad de aplicar la excepción contemplada en el artículo 71.1.c) de la LCSP, relativa a aquellos supuestos en los que, una vez declarada la persona en concurso voluntario de acreedores, haya adquirido eficacia el convenio de acreedores.

La conjunta aplicación de los preceptos citados obliga a concluir que, en el momento actual, la adjudicataria incurre en la causa o motivo de prohibición de contratar expresamente contemplada en el artículo 71.1.c) de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tratándose de un contrato de servicios de un valor estimado de 682.000 euros se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 44 de la LCSP para poder considerar el acto impugnado susceptible de recurso especial en materia de contratación. En concreto, según el artículo 44.2.c) de la LCSP serán susceptibles del recurso especial los acuerdos de adjudicación.

SEGUNDO.- La competencia para resolver el presente recurso especial corresponde a este Órgano conforme a lo establecido en el art. 46.5 LCSP, y en el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre, cuyo apartado 2.1, relativo a las competencias, establece que “corresponde al Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte la Diputación Foral de Álava o alguno de los órganos dependientes o vinculados a la misma y, en particular, los Organismos Autónomos Forales, las Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control.”



TERCERO.- En lo que respecta a la legitimación concurre en la recurrente el interés recogido en el art. 48 de la LCSP, según el cual “podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”

En el presente caso la recurrente puede resultar adjudicataria en caso de aceptarse sus pretensiones, por lo que está legitimada respecto del acto de adjudicación.

CUARTO.- El recurso se ha interpuesto en el plazo legal previsto en el artículo 50 de la LCSP, por cuanto no ha transcurrido más de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que fue remitida la notificación del acto impugnado.

QUINTO.- En cuanto al fondo del recurso, el artículo 65 de la LCSP exige como condiciones de aptitud para poder contratar con el sector público, además de contar con plena capacidad de obrar y acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional -y la clasificación cuando proceda-, no hallarse incurso en prohibiciones de contratar.

Las prohibiciones de contratar, como tales, son circunstancias objetivas que impiden la contratación con el sector público de quién se halle incurso en ellas, deben encontrarse perfectamente tasadas y tipificadas en la Ley. Citando el informe 4/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, “las prohibiciones de contratar no son sino impedimentos, establecidos y previstos en la ley que impiden la participación de determinada persona, física o jurídica, pública o privada, en el procedimiento para la adjudicación de un contrato.”

Como es sabido, el requisito de no incurrir en ninguna causa de prohibición de contratar debe cumplirse en el momento de presentación de las proposiciones, y debe mantenerse hasta el momento de adjudicación y de formalización del contrato, pudiendo suceder que una empresa en situación de “preconcurso” pueda presentarse a una licitación, pero no pueda resultar adjudicataria si en el momento en el que se vaya a producir la adjudicación o la formalización ha sido declarada en concurso, incurriendo de tal forma en una prohibición de contratar.

Por ello, los órganos de contratación deben requerir la correspondiente acreditación documental al licitador que va a ser propuesto como adjudicatario, o con quien se va a formalizar el contrato, con el fin de comprobar que en ese momento no está afectado por prohibición de contratar que conforme al artículo 72.1 de la LCSP es apreciable directamente por el órgano de contratación y subsiste mientras concurra la circunstancia, que desaparecerá desde la fecha de la sentencia de aprobación del convenio, o desde la aprobación de la propuesta anticipada de convenio.

En el caso que nos ocupa la recurrente alega que conforme al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, dictado en el procedimiento de concurso ordinario 3265/2020-E de fecha 30 de noviembre de 2020, se ha declarado en concurso voluntario a CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L., por lo que dicha mercantil se encuentra incurso en causa de prohibición de contratar con la administración, lo que le imposibilita para la firma del contrato.

A esta cuestión le es aplicable el artículo 71 de la LCSP relativo a las prohibiciones de contratar, que tipifica las circunstancias cuya existencia da origen a una prohibición de contratar, recoge en su apartado 1.c), entre las que impiden la contratación con el sector público, a las personas en quienes concurra la circunstancia de *“Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o*



haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso”.

Pues bien, en este supuesto, “CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L.” se halla declarada en concurso desde el 30 de noviembre de 2020 por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, y hasta la fecha no ha adquirido eficacia el convenio al que se refiere en su escrito de alegaciones, como implícitamente reconoce la adjudicataria cuando manifiesta su “*intención de alcanzar una propuesta anticipada de convenio con sus acreedores que sea aprobada y eficaz.*”

Por tanto, en este caso concurre sin duda la causa impeditiva de contratar con la administración pública al no haber constancia de la existencia de convenio alguno que permita exceptuarla.

En cuanto a los efectos de la prohibición de contratar de la adjudicataria, ha de estarse a lo que señalamos en nuestra Resolución 11/2017, de 7 de abril: “*Sin entrar en consideraciones acerca de que por la parte adjudicataria se haya incurrido en fraude de ley ni de que la creación de NUPROA se deba a un intento de eludir los efectos de la insolvencia de la entidad colaboradora GESTIÓN, como dice la recurrente, con dicha documental se comprueba y acredita objetiva y palmariamente la concurrencia en GESTIÓN de causa de prohibición para contratar que, en opinión de este OAFRC; produce las siguientes consecuencias:*

- 1) dejar sin efecto la adjudicación realizada;*
- 2) sin exclusión automática de la oferta de la licitadora señalar por parte del órgano de contratación la obligación de sustituir a quien incurre en causa de prohibición por otro en quien no concurra dicha causa.*
- 3) Al efecto, el órgano de contratación deberá requerir a NUPROA para que sustituya a GESTIÓN dentro del plazo señalado en el artículo 151 TRLCSP y con los efectos derivados de la aplicación del mismo en caso de no presentarse dicha documentación.*

Por lo tanto, se estima la alegación de la recurrente en este aspecto pero no con los efectos pretendidos de exclusión automática de la licitadora sino con los efectos antes señalados.”

Esto es, no procede la adjudicación del contrato por haber sido declarada la adjudicataria en concurso de acreedores inmediatamente antes de la adjudicación y se podrá adjudicar y formalizar el contrato con la siguiente empresa licitadora en quien no concurra prohibición para contratar, siempre que cumpla con los requisitos de capacidad y solvencia.

Vistos los preceptos legales de aplicación, previa deliberación en el día de hoy y por unanimidad, este Tribunal emite la siguiente

RESOLUCIÓN

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. José Luis Bajos Eguileta, en representación de la mercantil “OBRAS PUBLICAS ONAINDIA, S.A.”, componente de la UTE ONAINDIA MENDIOLA, por el que interpone recurso especial contra la adjudicación del servicio de explotación y mantenimiento de la red de puntos limpios rurales de Araba-Alava, con los efectos señalados en el fundamento jurídico quinto:

Segundo.- Levantar la suspensión del procedimiento acordada por Resolución 7/2020, de 15 de diciembre.



Tercero.- 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 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.