



Erref / Ref: Recursos Especiales
CONTENEDORES ESCOR, S.L.U. y DAORJE
S.L.U. contra la licitación del servicio de gestión
y transporte de residuos no peligrosos procedentes
de los garbigunes forales gestionados por la
Diputación Foral de Alava.

Esp Zenb / N° exp: 2022/12-2022/13- RE

RESOLUCION Nº 22/2022

En Vitoria-Gasteiz, a 25 de octubre de 2022.

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. Carlos Ramón Canosa Carro, en representación de la mercantil “CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L.U.” y D. Javier Álvarez Fernández, en representación de la mercantil “DAORJE, S.L.U.”, contra la licitación del servicio de gestión y transporte de residuos no peligrosos procedentes de los garbigunes forales gestionados por la Diputación Foral de Alava. (expte. 22/56).

Son partes en dichos recursos: como RECURRENTES las empresas “CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L.U.” y “DAORJE, S.L.U.”; y como DEMANDADA la DIPUTACION FORAL DE ÁLAVA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por Acuerdo 524/2022, de 2 de agosto, del Consejo de Gobierno Foral, se aprueba el expediente de contratación para la prestación del “servicio de gestión y transporte de residuos no peligrosos procedentes de los garbigunes gestionados por la Diputación Foral de Alava”, con un valor estimado del contrato de 1.650.000,00 euros, IVA excluido.

SEGUNDO. - El 19 de septiembre de 2022 tuvieron entrada en el Registro Electrónico Común de la Diputación Foral de Alava escritos de recurso especial de las recurrentes contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Cuadro de Características de la licitación del servicio de gestión y transporte de residuos no peligrosos procedentes de los garbigunes forales gestionados por la Diputación Foral de Alava.

Los recursos de idéntico contenido se fundamentan, en síntesis, en los siguientes fundamentos de derecho:

- quebrantamiento de la obligación de contemplar la revisión de precios en la actividad de transporte por incremento de los precios de los carburantes, por incumplimiento del 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 de mercancías: “Revisión del precio del transporte por carretera en función de la variación del precio del combustible.”

- quebrantamiento de la obligación de contemplar la subrogación del trabajador del contratista saliente en los pliegos, por incumplimiento del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

- quebrantamiento de la obligación de identificar grupo y subgrupo correspondiente a la clasificación como empresa contratista de servicios, por incumplimiento del artículo 77 de la LCSP.

- concurrencia de las causas de anulabilidad/nulidad de la licitación objeto del recurso, consecuencia de las tres infracciones aludidas.

Solicitan la nulidad o anulación de los pliegos y del Cuadro de Características por los motivos expuestos.

TERCERO.- En cumplimiento de lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, con fecha 20 de septiembre de 2022 fue solicitado al órgano de contratación el expediente y el informe correspondiente en el que advierte de la falta de legitimación de las mercantiles recurrentes.

En cuanto al fondo del recurso, se opone (i) al quebrantamiento de la obligación de contemplar la revisión de precios en la actividad de transporte por razón del objeto del contrato y la duración del mismo, (ii) al quebrantamiento de la obligación de contemplar la subrogación del trabajador porque el servicio licitado incluye en la misma licitación la gestión y transporte de residuos, servicios prestados anteriormente por contratos independientes y por la propia contestación de Contenedores Escor en la que, preguntada por el personal subrogable, decía que no había obligación de subcontratar, y (iii) al quebrantamiento de la obligación de identificar grupo y subgrupo correspondiente a la clasificación porque el código CPV de este contrato “90500000-2 Servicios relacionados con desperdicios y residuos” no se encuentra incluido en el ámbito de clasificación, razón por la cual no se incluyó la clasificación como medio alternativo para acreditar la solvencia.

CUARTO.- El plazo de presentación de ofertas finalizó el día 28 de septiembre de 2022, habiendo presentado oferta la empresa “OBRAS PUBLICAS ONAINDIA, S.A.”

QUINTO.- Por Resolución 19/2022, de 29 de septiembre, este Órgano ha acordado la acumulación de los recursos especiales interpuestos por las recurrentes.

SEXTO.- Por Resolución 20/2022, de 30 de septiembre, se aprueba la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación hasta que recaiga resolución en los recursos especiales.

SEPTIMO.- Con fecha 30 de septiembre de 2022 se dio traslado de los recursos a la licitadora “OBRAS PUBLICAS ONAINDIA, S.A.”, sin que ésta haya formulado oposición a los mismos.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del recurso la aprobación de la licitación del servicio de gestión y transporte de residuos no peligrosos procedentes de los garbigunes gestionados por la Diputación Foral de Álava.

Tratándose de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 1.650.000,00 euros, IVA excluido, 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 44.1.a) de la LCSP, serán susceptibles del recurso especial en materia de contratación los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de dicho precepto cuando se refieran, entre otros, a contratos de servicios cuyo valor estimado sea superior a cien mil de euros. Y son actos recurribles, entre otros, “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación” (art. 44.2. a).

SEGUNDO.- Los recursos han sido interpuestos en forma y dentro del plazo establecido en el artículo 50 de la LCSP.

TERCERO.- 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.”

CUARTO.- Sobre la falta de legitimación para recurrir de la que advierte el órgano de contratación, hemos de partir de que el concepto de legitimación recogido en el artículo 48 de la LCSP “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 de recurso”, es amplio pero no universal.

Como señalamos en nuestra Resolución 14/2019, de 24 de julio, <<para precisar el alcance del “interés legítimo” en caso de terceros no licitadores, como es el caso que nos ocupa, ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad.

Existe consolidada jurisprudencia (por todas, en SSTs de 27 de enero de 1998 y de 11 de febrero de 2003) y doctrina (Resoluciones del TCRC 279/2012, de 5 de diciembre; 269/2013, de 10 de julio; 162/2013, de 24 de abril; o 238/2014, de 21 de marzo, entre otras muchas) que concluyen que el mero interés por la legalidad no constituye motivo suficiente para reconocer legitimación para el ejercicio de acciones, salvo en aquellos ámbitos del ordenamiento para los que expresamente se haya contemplado una acción pública. (...)

Dentro del análisis de la legitimación que realizamos en la Resolución de este OAFRC 3/2017, de 14 de febrero, cabe traer lo siguiente: (...)



En aplicación de la doctrina expuesta, con carácter general, la legitimación se presume del recurrente que ha participado en el concurso, pues ha demostrado ese interés que le es exigible y se niega, sin embargo, de quien impugna los pliegos de una licitación a la que no ha concurrido.

Ahora bien, dicha conclusión quiebra cuando el recurrente impugna las cláusulas de unos pliegos que han impedido su participación, o lo que es lo mismo, cuando habiendo podido participar en el concurso no lo ha hecho porque los pliegos incluyen condiciones que le sitúan en desigualdad frente a otras empresas, pues en ese caso su interés se concreta en el de participar en el concurso en condiciones de igualdad, a cuyo efecto pretende remover dichas condiciones. En este sentido, es la Sentencia de 5 de junio de 2013, del Tribunal Supremo, de lo Contencioso-Administrativo, (RJ 2013/5057), que al respecto dice: "Dicho de otro modo, no es de aplicar la jurisprudencia que excepcionalmente ha aceptado la legitimación en materia de contratos de entidades públicas para personas o entidades que no participaron en la licitación, pues en tales casos excepcionales están referidos a los Pliegos o Condiciones que, habiendo sido publicados en la correspondiente convocatoria como rectores de la contratación objeto de la misma, fueron los que impidieron a dichas personas o entidades participar en un plano de igualdad en la licitación" (Fº Jº5).

Y en idéntico sentido, la del mismo Tribunal de 5 de julio de 2005 (STS 4465/2005) que reconoce de la legitimación para impugnar la convocatoria de un concurso a la empresa que "puede participar en el concurso y que impugna unas cláusulas que establecen determinadas condiciones favorables a unas determinadas empresas, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad".

Esa doctrina, como ha puesto de manifiesto el TACRC, es coherente con el Ordenamiento Comunitario, ya que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que "tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato". Sobre este aserto, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló: " 27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación. 28. No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características (...). "

En definitiva, respecto de personas o entidades que no participaron en la licitación concurrirá legitimación activa cuando sean los pliegos que se impugnan la causa que impidió su participación en un plano de igualdad, de modo que el fin del recurso sea precisamente remover tales condiciones a fin de poder efectivamente participar (Resolución del TACRC 178/2019, de 1 de marzo)>>.

QUINTO.- Traslada la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, el órgano de contratación "advierde falta de legitimación en las recurrentes por cuanto, finalizado el plazo de presentación de ofertas señalado en los pliegos, no han presentado oferta ni proposición alguna en el procedimiento impugnado.



En este sentido, y para el caso de la legitimación de un potencial licitador que impugna los anuncios o pliegos de cláusulas administrativas sin presentar su proposición en plazo, el TACRC la ha venido admitiendo excepcionalmente (por ejemplo, en la resolución nº 1142/2018) cuando el motivo de impugnación de los pliegos impide al recurrente participar en un plano de igualdad en la licitación; no siendo éste el caso”.

Añade que “abundando en esta última consideración, se invoca la aplicación de la doctrina resultante del TACRC (vid Resolución núm. 249/2019), en virtud de la cual los recursos deben ser inadmitidos por falta de legitimación activa, pues las empresas recurrentes no van a poder tomar parte en el procedimiento de contratación, no impidiéndoles los motivos de su impugnación de los pliegos haber licitado al procedimiento recurrido.”

Cuestionada, por tanto, la falta de legitimación de las recurrentes y correspondiendo al que invoca su legitimación la acreditación de este requisito, hemos de examinar si se da o no en las recurrentes ese interés legítimo necesario para interponer el recurso, fundado en la imposibilidad de haber podido presentar oferta o en la existencia de requisitos en los pliegos que le hubiera impedido participar.

En orden a la legitimación de las recurrentes, éstas simplemente invocan que “están legitimadas para la interposición del presente recurso especial por considerar que los Pliegos rectores del presente expediente de contratación resultan gravemente perjudiciales a los intereses legítimos de esta compañía”.

Pues bien, tal y como se desprende del antecedente cuarto, las recurrentes no han presentado ninguna oferta de licitación, siendo los motivos de impugnación la existencia de supuestas irregularidades legales relativas a la obligación de revisión de precios, obligación de subrogación del trabajador y obligación de identificar grupo y subgrupo, sin indicar ni razonar que dichos motivos les impidan licitar en plano de igualdad ni poner de manifiesto que en la licitación existan requisitos o condiciones que les hayan impedido concurrir a la misma o presentar una oferta o los motivos por los que no concurren al procedimiento de licitación.

Esto es, su situación objetiva respecto a la capacidad para participar en la licitación sería la misma fueran o no estimados los recursos, toda vez que las recurrentes no obtendrían beneficio inmediato o cierto en la hipótesis de una estimación de los recursos más allá de la hipotética restauración de la legalidad de los pliegos, confundiendo interés por la legalidad con interés legítimo (RTACRC 482/2014, de 18 de junio de 2014 y Resolución 18/2013, de 18 de enero).

No cabe entender, pues, que las recurrentes estén legitimadas para interponer los recursos porque los pliegos les resultan gravemente perjudiciales para sus intereses legítimos, lo que no va más allá de un interés difuso e hipotético que no puede considerarse suficiente a efectos de la legitimación.

Por consiguiente, no se da en este caso la posibilidad excepcional de admitir la legitimación activa de las recurrentes no licitadoras por impugnación de las condiciones rectoras de la contratación que impiden su participación en plano de igualdad porque no se impugna cláusula alguna que impidiera su participación.

Por ello y como quiera que la carencia del requisito de legitimación activa, siempre exigible para interponer el recurso especial en materia de contratación, lleva a la inadmisión de los recursos presentados contra la licitación que se recurre, no procede examinar los motivos de impugnación.



Vistos los preceptos legales de aplicación, este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente

RESOLUCIÓN

Primero.- Inadmitir, por falta de legitimación, los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por “CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L.U.” y “DAORJE, S.L.U.”, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Cuadro de Características de la licitación del servicio de gestión y transporte de residuos no peligrosos procedentes de los garbigunes forales gestionados por la Diputación Foral de Álava.

Segundo.- Levantar la suspensión del procedimiento acordada por Resolución 20/2022, del 30 de septiembre.

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 47.5 del TRLCSP.

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.