

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 22 de octubre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don F.R.LL., en nombre y representación de Actividades de Gestión de Residuos, S.L. (AGR, S.L.) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de los “Servicios necesarios para la explotación de la planta de tratamiento de residuos de construcción y demolición (RCD) situada en Arganda del Rey y del Centro de Agrupamiento de RCD situado en Villarejo de Salvanes, y para el Complejo de Tratamiento Integral de RCD en El Molar” exp.: 2.04.05.06, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en el DOUE de 23 de septiembre de 2014 y en el BOE de 7 de octubre, se hace pública la licitación con contrato de “Servicios necesarios para la explotación de la planta de tratamiento de residuos de construcción y demolición (RCD) situada en Arganda del Rey, del Centro de Agrupamiento de RCD situado en Villarejo de Salvanes y para el Complejo de Tratamiento Integral de RCD en El Molar”, mediante procedimiento abierto y con un valor estimado de 480.000 euros, finalizando el plazo de presentación de ofertas el día 30 de octubre.

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas para la adjudicación del contrato en la Cláusula 20 “Contenido de las Ofertas”, apartado “Sobre 1: Documentación Administrativa”, en el subapartado 5 regula los requisitos de solvencia a aportar por los licitadores y el punto 5.2 “Solvencia técnica o profesional”, establece que se ajustará a lo previsto en el artículo 78 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), y se acreditará por todos y cada uno de los medios siguientes: mediante la relación de los principales servicios o trabajos realizados por el licitador en los tres últimos años como gestor autorizado de residuos con los Códigos LER referenciados en el PCT de esta licitación, que incluya importes, fechas y el destinatario, público o privado, de esos servicios o trabajos. (...) en todo caso además, la cantidad de esos tipos de residuos (referenciados en el PCT de esta licitación) tratados cada año, en los dos últimos años (entre todas las tipologías con esa referencia que se hayan gestionado), ha de ser -al menos- de 120.000 toneladas/año.

Tercero.- El 10 de octubre de 2014 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal, el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por AGR, S.L., contra el PCAP.

El recurso argumenta que no se ofrece la posibilidad de acreditar la solvencia a aquel empresario que tenga en su poder la clasificación necesaria para poder ejecutar el contrato, limitándose como única manera de acreditarla, la establecida en el Pliego, que fija que el licitador habrá de acreditar que en los últimos dos años ha gestionado 180.000 toneladas al año. La limitación de acreditación obligando al empresario a acreditar que gestiona 180.000 (sic) toneladas de residuos al año provoca que sean una, dos o tres empresas las que puedan acudir a la licitación, y solicita se acuerde modificar el PCAP admitiendo la clasificación de contratista en el grupo S, subgrupo 01, categoría D, al que pertenece el contrato como una forma válida de acreditar la solvencia técnica y profesional, en conformidad con lo establecido en el artículo 65.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El 3 de octubre de 2014, se remite una copia del expediente de contratación junto al informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. El informe mantiene que el apartado 1 del artículo 65 no es aplicable a GEDESMA y en cuanto al nivel de solvencia solicitado lo considera proporcionado al objeto del contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- GEDESMA, es una empresa pública que forma parte del sector público de la Comunidad de Madrid que reúne los requisitos establecidos en el artículo 3.3.b) del TRLCSP, por lo que tiene la consideración de poder adjudicado que no tiene la consideración de Administración Pública. En los contratos sujetos a regulación armonizada, como el que es objeto del recurso, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 190 del mismo texto legal. En este sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su informe 8/2008, de 10 de julio.

En consecuencia, los contratos sujetos a regulación armonizada son susceptibles del recurso especial en materia de contratación en los términos del artículo 40 del mismo, pues se trata de actos dictados por un poder adjudicador referidos a un tipo contractual incluido en dicho artículo.

Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.5 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa AGR, S.L., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP ya que se trata de una empresa cuyo objeto social queda comprendido dentro del objeto del contrato.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo del artículo 44.2.a) del TRLCSP ya que el anuncio se publicó en el DOUE de fecha 23 de septiembre, en el BOE de 10 de octubre y el recurso se ha interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles desde que tuvo lugar la publicidad completa y la puesta a disposición de los pliegos para los licitadores, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el PCAP de un procedimiento de adjudicación de un contrato privado de servicios, incluido en la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1. a) y 2. a) del TRLCSP.

Quinto.- El artículo 65.1.b) del TRLCSP establece:

“Artículo 65 Exigencia y efectos de la clasificación

1. La clasificación de los empresarios como contratistas de obras o como contratistas de servicios de las Administraciones Públicas será exigible y surtirá efectos para la acreditación de su solvencia para contratar en los siguientes casos y términos:

(...)

b) Para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario. En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se establecerán los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional tanto en los términos establecidos en los artículos 75 y 78 de la Ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible, 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. En tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación correspondiente 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. En defecto de

estos, la acreditación de la solvencia se efectuará con los requisitos y por los medios que reglamentariamente se establezcan en función de la naturaleza, objeto y valor estimado del contrato, medios y requisitos que tendrán carácter supletorio respecto de los que en su caso figuren en los pliegos”.

Según la recurrente eso supone que las posibilidades de acreditación de solvencia en un contrato de servicios son dos:

- 1.- Prioritariamente, mediante la clasificación del empresario en el grupo o subgrupo de clasificación correspondiente al contrato,
- 2.- O bien, siempre con carácter alternativo, acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación y detallados en los pliegos del contrato.

Mantiene que la limitación de acreditación de solvencia, técnica o profesional que se establece en el Pliego es contraria al artículo 65 antes referido, que exige a la Administración que al empresario se le den dos posibilidades de acreditar la solvencia, una mediante la clasificación o bien cumpliendo los requisitos que se establezcan en el Pliego. En este caso no se establece la posibilidad de acreditar solvencia mediante la clasificación, limitando la posibilidad de que la mercantil recurrente, y muchas otras, acudan a la licitación. En España, en la actualidad, debido a la crisis inmobiliaria, con toda seguridad, no habrá más de cinco empresas que gestionen 180.000 toneladas de residuos de construcción y demolición al año. Afirma que en particular, en Castilla y León, la empresa que más gestiona se queda en una tercera parte, es decir, 60.000 toneladas al año. Por supuesto que el firmante y el resto de empresarios del sector de Castilla y León tienen capacidad para gestionar en sus plantas 200.000 toneladas al año. El problema es que no se ha generado residuo por la parada del sector inmobiliario y de obra civil.

En primer lugar cabe mencionar que el artículo 65.1 del TRLCSP invocado en el recurso lo es en la redacción que fue dada por el apartado tres de la disposición

adicional tercera de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del Sector Público.

No obstante, el apartado ocho de la misma disposición final tercera de la Ley 25/2013, anteriormente citada modifica la Disposición transitoria cuarta del TRLCSP, con la siguiente redacción:

“Determinación de los casos en que es exigible la clasificación de las empresas y de los requisitos mínimos de solvencia.

El apartado 1 del artículo 65, en cuanto delimita el ámbito de aplicación y de exigibilidad de la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán los contratos de obras y los contratos de servicios, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...).”

La interpretación del alcance de la disposición no resulta fácil y ha suscitado numerosas dudas que han ido siendo objeto de pronunciamientos de los órganos consultivos y de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, que consideran que mantiene la vigencia transitoria el artículo 25.1 del TRLCAP en tanto no se apruebe el desarrollo reglamentario y en consecuencia la entrada en vigor del nuevo apartado 1 del artículo 65 del TRLCSP en los aspectos relativos al ámbito de aplicación y exigibilidad de la clasificación no se producirá hasta la aprobación de las normas reglamentarias que establezcan los grupos, subgrupos y categorías en los contratos de servicios manteniendo su vigencia el artículo 25.1 del TRLCAP indicando que resultan aplicables, sin necesidad de desarrollo reglamentario, los límites cuantitativos a que se venía supeditando la exigencia de clasificación. Cabe plantear si el alcance de la demora de la entrada en vigor ha de referirse a todo el contenido de la reforma aun cuando el desarrollo reglamentario al que se condiciona no les afecta y no resulta necesario para su aplicación como lo sería el contenido de los pliegos y de los anuncios en

relación a la doble indicación de la solvencia y de la clasificación en los términos en que aparece redactado el apartado 1. Atendiendo a la literalidad de la disposición adicional cuarta esa parece haber sido la voluntad del legislador. Así ha sido interpretado también por la Abogacía General del Estado en la Circular 1/2014 y por los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación.

En consecuencia, estando incluido el contrato objeto del recurso en la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP sería susceptible de exigir clasificación para ser contratista del mismo.

Pero todo lo expuesto y la exigencia de clasificación en los términos del artículo 65 solo es aplicable a los poderes adjudicadores que tienen la condición de Administración Pública. El ámbito subjetivo de la clasificación como forma especial de acreditar la solvencia se reserva para los contratos que celebren las Administraciones Públicas, tal como resulta de la lectura del propio artículo 65.1 del TRLCSP.

El artículo 54 del TRLCSP establece como condiciones de aptitud para contratar con el sector público la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija dicha Ley, se encuentren debidamente clasificados. Siendo GEDESMA un poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública en su pliego ha de exigir la acreditación de las condiciones de solvencia, pero no le resulta de aplicación el régimen especial de clasificación regulado en el artículo 65.1. Por consiguiente, en supuestos como el analizado aun siendo un contrato de servicios de cuantía superior a 200.000 euros incluido en la categoría 16, pero tramitado por un poder adjudicador no Administración Pública, no es exigible la clasificación.

Ciertamente el apartado 5 del artículo 65 permite la ampliación de la exigencia de clasificación a las entidades del sector público que no tengan el carácter de

Administración Pública admitiendo pedir una determinada clasificación a los licitadores para definir las condiciones de solvencia requeridas para celebrar el correspondiente contrato, en los supuestos del apartado 1 del mismo artículo 65. El carácter potestativo de la extensión de la exigencia de clasificación hace que no pueda ser alegado como un defecto de legalidad del procedimiento debiendo admitir la corrección del PCAP objeto del recurso cuando ha optado por la exigencia de solvencia en los términos de los artículos 75 a 79.

En consecuencia ningún defecto de legalidad, por ese aspecto se puede imputar al pliego analizado.

Comparte el Tribunal la preocupación del recurrente de que la exigencia de un determinado nivel de solvencia, en la situación económica actual puede suponer una restricción a la competencia y una barrera de entrada a nuevos empresarios y pudiera haber sido conveniente una adecuación del PCAP en el sentido de admitir indistintamente la acreditación de la solvencia bien con la acreditación de la clasificación por aquellas empresas que cuenten con la misma, o bien con la acreditación de los medios elegidos de entre los artículos 75 a 79 del TRLCSP. También comparte la inquietud manifestada por el órgano de contratación sobre la necesidad de establecer unos criterios adecuados de selección del empresario que impidan la adjudicación a licitadores no solventes, que conduzcan a la resolución del contrato por una defectuosa ejecución, con los efectos perniciosos que manifiesta respecto del adjudicatario anterior de este contrato.

Al efecto de realizar un completo análisis de la regulación de la posibilidad de sustitución de la solvencia por la clasificación cuando esta no sea exigible cabe examinar si el TRLCSP en cuanto sea de aplicación a los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública contiene amparo de tal posibilidad.

En primer lugar cabe mencionar que el artículo 74 del TRLCSP establece que la solvencia se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79, y asimismo, en su apartado 2, dicho artículo 74 establece que *“la clasificación del empresario acreditará su solvencia para la celebración de contratos del mismo tipo de aquéllos para los que se haya obtenido y para cuya celebración no se exija estar en posesión de la misma”*. De esta manera el requisito de clasificación no constituirá una barrera de entrada a la contratación pública en contratos en que no sea exigible sin perder los beneficios que el sistema de clasificación aporta a las empresas ya clasificadas.

La doctrina consideraba que la clasificación podía ser empleada como medio de acreditación de la solvencia. Así el Informe 4/1999, de 13 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, señala que no se evidencia inconveniente legal para que la solvencia en su doble aspecto pueda acreditarse mediante el documento de clasificación, aun cuando en razón a las circunstancias del contrato la clasificación no sea exigible, con determinadas condiciones y límites entre los que señala que en los pliegos debe dejarse constancia de que el documento clasificatorio aun cuando legalmente no resulte exigible su presentación, servirá de medio para acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

Asimismo la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón insta a los órganos de contratación a que, para hacer efectiva la facultad, en los PCAP que hayan de regir los contratos en los que no resulta exigible la clasificación por razón de la cuantía de los mismos se indique, además de los requisitos de solvencia acreditables por los medios del TRLCSP, el grupo, subgrupo y categoría de clasificación que resultaría aplicable a ese contrato. Además a las empresas que hagan uso de esa facultad no se les podrá exigir otros requisitos de solvencia salvo que el órgano de contratación solicite un compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales.

El artículo 79 bis, introducido por la Ley 25/2013, establece que “(...) *En todo caso, la clasificación del empresario en un determinado grupo o subgrupo se tendrá por prueba bastante de su solvencia para los contratos cuyo objeto esté incluido o se corresponda con el ámbito de actividades o trabajos de dicho grupo o subgrupo, y cuyo importe anual medio sea igual o inferior al correspondiente a su categoría de clasificación en el grupo o subgrupo. A tal efecto, en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos deberá indicarse el código o códigos del Vocabulario “Común de los Contratos Públicos” (CPV) correspondientes al objeto del contrato, los cuales determinarán el grupo o subgrupo de clasificación, si lo hubiera, en que se considera incluido el contrato. (...)*”.

También en este caso la Disposición transitoria cuarta TRLCSP, en la redacción dada por la Ley 25/2013, establece normas de vigencia del nuevo artículo 79 bis que se introduce en esa misma Ley: “*La nueva redacción que la Ley de Impulso de la Factura Electrónica y creación del Registro Contable de Facturas en el Sector Público da a los artículos 75, 76, 77 y 78 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y el artículo 79.bis de dicho texto refundido entrarán en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos*”. Como en el caso anteriormente analizado del artículo 65 resulta verdaderamente dificultoso conocer el alcance del carácter transitorio de la entrada en vigor de la norma en su nueva redacción.

La diferencia de lo dispuesto en el artículo 65.1 y 79 bis en cuanto al contenido de los pliegos es que en el primero, además de los requisitos mínimos de solvencia, en el PCAP se ha de hacer constar el grupo o grupos de clasificación y la categoría mínima exigible, es decir los requisitos mínimos se establecen tanto en términos de solvencia como de clasificación, mientras que en el 79 bis lo que ha de contener el PCAP es el código CPV correspondiente al objeto del contrato que

determinará el grupo o subgrupo de clasificación, si lo hubiera, para tener la clasificación por prueba bastante de su solvencia.

La nueva redacción del TRLCSP dada por la Ley 25/2013, acepta las interpretaciones de la normativa anteriormente vigente, por ello, a pesar de la complejidad de la declaración de no vigencia del nuevo texto contenida en la disposición transitoria cuarta, la interpretación ha de acomodarse a la intención del legislador y la interpretación conjunta de los artículos 74 y 79 bis conduce a considerar que debe admitirse la clasificación para acreditar la solvencia en aquellos supuestos en que esta no sea exigible, bien porque el contrato no alcance el umbral del valor estimado necesario para su exigibilidad o bien porque se trate de un poder adjudicador no incluido dentro del ámbito subjetivo de la exigibilidad de clasificación. Esta interpretación resulta además de dar un tratamiento igualitario a la empresas que acreditan su solvencia a través del documento de clasificación previa o a través de los documentos acreditativos previstos en cada pliego independientemente de si licitan en una convocatoria de un poder adjudicador o de una Administración Pública, pues resultaría contradictoria la interpretación que sostenga que teniendo solvencia para contratar con una Administración, al admitirse como prueba de solvencia la clasificación, esa misma acreditación es insuficiente para contratar con un poder adjudicador.

Para que la clasificación sustituya a la solvencia, no es suficiente que el licitador se encuentre clasificado en el grupo o subgrupo que corresponda con el CPV del contrato, sino además que el importe anual medio del contrato sea igual o inferior al correspondiente a la categoría de clasificación en el grupo o subgrupo de la clasificación del empresario.

En conclusión, el apartado 1 del artículo 65 establece la obligación de fijar en el PCAP de cada contrato los requisitos mínimos de solvencia en los contratos de servicios tanto en términos de los artículos 75 y 78 como en términos de grupo, subgrupo y categoría de clasificación cuando el contrato esté incluido en el ámbito

de clasificación. No obstante, su ámbito subjetivo se limita a las Administraciones Públicas y dicha modificación de la redacción tiene demorada su entrada en vigor en cuanto delimita el ámbito de aplicación y de exigibilidad de clasificación previa. El Tribunal considera que aun no siendo legalmente exigible es conveniente que en los pliegos se haga constar la solvencia tanto en los términos de los artículos 75 y 78 como en términos de clasificación cuando el objeto del contrato esté incluido dentro del ámbito de clasificación. En todo caso, debe ser admitida ésta como prueba de solvencia a la hora de valoración por la Mesa de contratación en las condiciones del artículo 79 bis, es decir, cuando exista correspondencia entre la clasificación aportada y el código CPV del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.5 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don F.R.LL., en nombre y representación de Actividades de Gestión de Residuos, S.L. (AGR, S.L.) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de los “Servicios necesarios para la explotación de la planta de tratamiento de residuos de construcción y demolición (RCD) situada en Arganda del Rey, del Centro de Agrupamiento de RCD situado en Villarejo de Salvanes y para el Complejo de Tratamiento Integral de RCD en El Molar” exp.: 2.04.05.06.

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.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.