

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

En Madrid, a 6 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones legales de las empresas OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U. y ASCAN SERVICIOS URBANOS, S.L., (en adelante la UTE) contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 25 de agosto de 2022, por el que se decide su exclusión por considerar retirada su oferta del procedimiento de licitación del contrato “Servicio público de limpieza viaria y recogida de muebles, enseres y voluminosos”, referido al lote II “Servicio de recogida selectiva de envases ligeros”, expediente 2019/003164, del Ayuntamiento de Fuenlabrada, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, con fechas respectivamente de 31 de noviembre de 2021 y 3 de diciembre, se convocó la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a 79.234.634,12 de euros y su duración es de 10 años.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron cinco licitadores entre ellos la recurrente.

Tras la revisión de la documentación aportada por los licitadores la Mesa de contratación con fecha 27 de diciembre de 2021, acuerda admitir a todos los licitadores. En la misma sesión se procede a la apertura del sobre que contiene los criterios sujetos a juicio de valor.

Con fecha 21 de marzo de 2022, se emite informe de valoración de los citados criterios.

Con fecha 23 de marzo de 2022, la Mesa de contratación asume el informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor y procede a la apertura del sobre de la oferta económica y documentación técnica relativa a los criterios cuantificables automáticamente, o sometidos a fórmulas (SOBRE C), emitiéndose informe de valoración en fecha 26 de mayo de 2022.

La Mesa de contratación acuerda de fecha 3 de junio de 2022, clasifica por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales, proponiendo la adjudicación del contrato a la UTE recurrente.

Con fecha 13 de junio de 2022, se le requiere la documentación acreditativa conforme 150.2 de la LCSP.

Con fecha 4 de agosto de 2022, se emite nuevo requerimiento de documentación al detectarse que la documentación presentada era insuficiente en cuanto a la acreditación de la habilitación profesional. El requerimiento fue contestado de 9 de agosto de 2022.

La Mesa de contratación con fecha 25 de agosto de 2022, acuerda que la UTE propuesta como adjudicataria del lote 2, no cumple con la habilitación empresarial requerida en dicho expediente, por lo que en función de lo previsto en el

artículo 150.2 de la LCSP, al no cumplimentar adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entiende que el licitador ha retirado su oferta.

Tercero.- El 16 de septiembre de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de la licitación para el lote 2.

Cuarto.- En fecha 27 de septiembre de 2022, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación a 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 transpone 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).

Quinto.- El procedimiento de licitación se encuentra suspendido por acuerdo de este Tribunal de fecha 8 de septiembre de 2022.

Sexto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por la recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.4 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa excluida de la licitación, *“cuyos derechos e intereses*

legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”, (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Tercero.- El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de la Mesa se publicó el 29 de agosto de 2022, presentándose el recurso el 16 de septiembre, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de exclusión de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar al fondo del asunto, resulta de interés transcribir el PCAP en lo concerniente al asunto que nos ocupa:

“III. EMPRESAS PROPONENTES, LICITACIÓN, DOCUMENTACIÓN Y OFERTAS.

III.5 Clasificación de las ofertas presentadas y requerimiento de documentación.

Conforme al artículo 150.2 de la LCSP, la Mesa de Contratación, requerirá a la empresa que ha obtenido la mejor puntuación mediante comunicación electrónica para que presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente así como para que aporte el compromiso al que se refiere el artículo 75.2, si ésta pretendiese integrar la solvencia mediante medios externos y todo ello en el plazo de (diez) 10 días hábiles a contar desde el envío de la comunicación.

El licitador que haya presentado la mejor oferta, así como todas las empresas integrantes de la UTE que haya sido propuesta como adjudicataria, deberán presentar la siguiente documentación acreditativa de las circunstancias referidas en

la declaración responsable (artículo 150.2 de la LCSP):

g) Requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional, y que, de manera preferente, se señalan en el apartado K) del Anexo I.

Anexo I apartado “K) DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DE LA SOLVENCIA ECONÓMICA, FINANCIERA Y TÉCNICA O PROFESIONAL, SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN:

Lote II:

(...)

Habilitación empresarial: La empresa deberá estar inscrita en el Registro de Transportistas Autorizados de la Comunidad de Madrid u otra Comunidad Autónoma para el transporte de, al menos, los siguientes residuos municipales:

150102- ENVASES DE PLÁSTICO

150104- ENVASES METÁLICOS

150105- ENVASES COMPUESTOS

150106- ENVASES MEZCLADOS

Se deberá presentar en el momento de la acreditación de la solvencia técnica, la autorización como transportista que incluya la relación de los vehículos con los que se pretende realizar las operaciones de transporte de residuos. Cada vez que haya modificaciones de dichas autorizaciones y/o comunicaciones deberán a su vez entregarlas al responsable del contrato.

(...)

Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”.

La recurrente fundamenta su recurso en la indebida exclusión de la licitación, considerando retirada su oferta, por entender que cumple las exigencias del pliego respecto a la habilitación empresarial.

Alega, en primer lugar, que la normativa en materia de residuos establece que la comunicación previa al inicio de la actividad es el único título habilitante necesario para el ejercicio de las tareas de transporte de residuos no peligrosos a las que se

refiere el apartado K del anexo I del PCAP. En este sentido, apela a la regulación de la normativa sectorial en materia de residuos, en concreto a Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

En lo concerniente al caso que nos ocupa, señala que el régimen habilitante de la actividad de transporte de residuos no peligrosos no está sujeto a autorización, sino al régimen de comunicación previa, según los apartados 2 y 3 del artículo 35 de la Ley 7/2022, atendiendo los datos a comunicar a los requisitos del anexo XI de dicha norma. Será la comunicación, por tanto, el título habilitante exigible para desarrollar el objeto del Lote II del contrato en lo que se refiere al transporte de residuos no peligrosos. Algo que no es novedad, pues ya se recogía en el artículo 29.2 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

Por otro lado, sostiene que es errónea también la mención a la *“autorización como transportista”* que emplean tanto la Mesa de contratación como el PCAP. Las referencias que la LCSP recoge en relación con la habilitación profesional y empresarial se basan exclusivamente en asegurar el cumplimiento de los requisitos de legalidad exigidos a los operadores para desarrollar la concreta actividad objeto del contrato. Sin embargo, en el contexto del transporte de residuos no peligrosos no existe una autorización administrativa preceptiva, sino que la comunicación del inicio de la actividad es el título habilitante necesario para desarrollar la actividad. Y por ello, cabe calificar de erróneas las afirmaciones relativas a que en el caso que nos ocupa no se ha acreditado la habilitación empresarial necesaria para prestar el servicio.

Sostiene, por otra parte, que las concretas exigencias de habilitación a las que se refiere el requerimiento de documentación de 4 de agosto de 2022, recogidas en el apartado K del anexo I del PCAP deben ser cumplidas por la entidad adjudicataria del lote II del contrato, no por los miembros de la UTE. De hecho, esa es la práctica habitual en el sector, pues será la unión la encargada de prestar los servicios. Considerando las propias exigencias del PCAP se refieren a que *“se deberá presentar en el momento de la acreditación de la solvencia técnica, la autorización como transportista que incluya la relación de los vehículos con los que se*

pretende realizar las operaciones de transporte de residuos”.

Considera que, según la normativa vigente, lo que se trata de comunicar a los organismos competentes es el ejercicio de una futura actividad de transporte de residuos no peligrosos, con unos concretos medios y no una suerte de traslado de “*expectativas*”. La habilitación empresarial es una comunicación previa pero detallada y concreta, no una “*comunicación preventiva*”, en previsión de la posibilidad de que se adjudique a la entidad comunicante un contrato público. Cabe remitirse sin más a las previsiones de la Ley 7/2022 de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados.

Al margen de las menciones a las exigencias del PCAP y a la normativa sectorial, es obvio que la comunicación realizada no se puede realizar sin conocer la futura adjudicación del contrato y los términos de la misma.

Así mismo, argumenta que los miembros de la UTE cumplen también los requisitos exigidos en los pliegos. El PCAP contempla y trata expresamente como criterios de solvencia las exigencias del apartado K de su anexo I, por lo que se les ha de aplicar la doctrina en la materia. A su juicio, resulta evidente que, de manera conjunta, se cumplirían todos los requisitos exigidos en aludido Apartado K del ANEXO I del PCAP, sin que sea posible invocar la imposibilidad de complementar tales requisitos. De hecho, uno de los miembros por si solo cumpliría las exigencias del PCAP. El rechazo de la proposición sería menos procedente todavía si consideramos que las dos entidades que conforman la unión de empresas están inscritas en los registros correspondientes como profesionales de transporte de residuos no peligrosos, y realizan las actividades objeto del contrato habitualmente.

Reseña diversas resoluciones de Tribunales de resolución de recursos contractuales referidos a las reglas de acumulación en cuestiones vinculadas a capacidad, solvencia, certificados de calidad, etc., siendo precisamente el objeto de la unión de empresas es la acumulación de las capacidades de sus miembros.

Finalmente, sostiene que la decisión de entender retirada la oferta implica

materialmente la exclusión del procedimiento, algo que debe ser una solución excepcional y aplicarse de manera restrictiva. En el caso que nos ocupa tal medida no estaría justificada, puesto que no se dan los requisitos objetivos para acordarla, y además tanto las empresas que forman parte de la unión de empresas como la propia UTE tienen las habilitaciones necesarias para prestar el servicio.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la Mesa de contratación requirió a la UTE, en dos momentos distintos, primero el día 13 de junio de 2022 y posteriormente el día 4 de agosto de 2022. Este último requerimiento se cursó al no haber presentado la empresa OHL SERVICIOS-INGESAN la habilitación empresarial requerida en el apartado k) Anexo I, del PCAP, a diferencia de la otra integrante de la UTE que si la había presentado. Por esa circunstancia la recurrente solicitó la inscripción de la unión de empresas posteriormente.

La forma de inscribirse en el registro es mediante comunicación previa, pero esto no desvirtúa que dicha comunicación es el título habilitante para poder ejercer la actividad y prestar el servicio de recogida de residuos. A su juicio, La inscripción en el Registro de Transportistas Autorizados de la Comunidad de Madrid u otra Comunidad Autónoma para el transporte de los residuos municipales, era obligatoria constituyendo una habilitación empresarial o profesional, tal como se establece en el artículo 65.2 de LCSP, debiendo contar con esta, para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato, dentro de las condiciones de aptitud que se requieren a los contratistas que presten servicios en el sector público. Dicha habilitación empresarial no es un requisito de solvencia técnica si no un requisito de aptitud del contratista, enmarcada en la capacidad para contratar. Dicha habilitación deberían haberla presentado las dos empresas que formaban la unión de empresas en el momento que se les requirió la documentación, artículo 150.2, justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del artículo 140 apartado 1 de la LCSP.

Señala que no debe olvidarse que el artículo 140.1 de la LCSP, regula la presentación de la declaración responsable, y tanto en su apartado cuarto como en el PCAP, relativo a este contrato, se establecía que las circunstancias relativas a la

capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar debían de concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de la perfección del contrato.

El problema aquí no radica si la inscripción en el registro de transportistas de residuos no peligrosos debe solicitarse mediante autorización o comunicación previa, si no en qué momento se debería haber solicitado dicha inscripción habilitante para la ejercicio de la actividad, está claro que cuando la unión de empresas presenta la documentación del primer requerimiento no acredita que la empresa OHL SERVICIOS INGESAN, S.A, esté habilitada, con el segundo requerimiento donde se le requiere dicha documentación, la empresa se inscribe en dicho registro, pero se incumple lo previsto en el apartado del pliego relativo a acreditación de solvencia técnica, ya que dicha inscripción es posterior al momento de presentación de ofertas, ahora contestaré el siguiente motivo del recurso, donde argumenta que la habilitación debe presentarse en el momento de la adjudicación y no antes.

Vistas las alegaciones de las partes procede dilucidar si la UTE cumple con la habilitación empresarial exigida en los pliegos.

Artículo 65.2 de la LCSP *“Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”*.

Como ha señalado este Tribunal en diversas Resoluciones, la habilitación es un requisito de capacidad claramente diferenciado de la solvencia, de modo que se refiere a una autorización administrativa necesaria para desarrollar la actividad objeto del contrato, y pretende garantizar que el órgano de contratación contrata con una empresa que desempeñe legalmente actividad objeto del contrato y que, por lo tanto, puede ejecutarla.

Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 6/2010, indicó lo siguiente: *“La habilitación empresarial o*

profesional recogida en el artículo 43.2 de la LCSP, es un requisito de aptitud, que faculta a quien la posee para el ejercicio de una actividad profesional determinada. Se trata, por tanto, de un requisito mínimo de capacidad técnica exigido por alguna norma para la ejecución de un determinado contrato. Pero este requisito mínimo de aptitud no puede, por sí solo, ser suficiente para la ejecución de un contrato en el ámbito de la contratación pública, por lo que deberá completarse con los requisitos precisos de solvencia económica y técnica o profesional o, en su caso, clasificación, que se requieran al licitador como aptitud para poder contratar. Por tanto, si bien la habilitación es un requisito de aptitud legal, que podríamos considerar como una capacidad de obrar administrativa específica que implica un mínimo de capacidad técnica, su relación con las demás capacitaciones técnicas exigibles como requisitos de solvencia técnica y profesional es evidente. En efecto, la LCSP relaciona en diversos artículos el requisito de habilitación con los requisitos de solvencia o, en su caso, clasificación”.

Por su parte, Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009:

“La habilitación empresarial o profesional a que se refiere el apartado 2 antes transcrito hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñar/as, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal.

En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del art 43 citado (en lo actualidad 65.2 LCSP), es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto”.

El órgano de contratación reconoce que una de las integrantes de la UTE (ASCAN SERVICIOS URBANOS) cumple con la habilitación empresarial exigida, si bien no dice lo mismo respecto a la otra integrante de la UTE (OHL SERVICIOS-INGESAN).

Procede por tanto dilucidar en primer lugar el momento en que debe quedar acreditada la habilitación exigida, en segundo lugar si efectivamente OHL-INGESAN carecía a esa fecha dicha habilitación y en tercer lugar, en su caso, determinar si es posible la integración de la habilitación en la UTE dado que uno se de sus componentes la cumple.

Respecto a la primera consideración, el PCAP establece, en el apartado transcrito anteriormente, que las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.

En el apartado III.5 del PCAP *“Clasificación y requerimiento de documentación”*, establece que el licitador que haya presentado la mejor oferta, así como todas las empresas integrantes de la UTE que haya sido propuesta como adjudicataria, deberán presentar la siguiente documentación acreditativa de las circunstancias referidas en la declaración responsable: (artículo 150.2 de la LCSP):
g) Requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional, y que, de manera preferente, se señalan en el apartado K) del Anexo I.

En este apartado, transcrito anteriormente, se señala entre otros aspectos, la habilitación empresarial: La empresa deberá estar inscrita en el Registro de Transportistas Autorizados de la Comunidad de Madrid u otra Comunidad Autónoma para el transporte de, al menos, en los residuos municipales que cita.

Por tanto, debe colegirse que los pliegos están exigiendo la habilitación empresarial, bien sea mediante acto comunicado o inscripción en el registro, a los licitadores y no al contratista como plantea la recurrente.

El propio recurrente en el fundamentación del recurso sostiene que el PCAP contempla y trata expresamente como criterios de solvencia las exigencias del apartado K de su anexo I, por lo que se les ha de aplicar la doctrina en la materia entre las que se encuentra la habilitación empresarial.

El artículo 140.4 de la LCSP establece que *“Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”*.

Respecto a la habilitación exigida, procede considerar que nos encontramos ante una condición de aptitud para contratar que debe concurrir en el licitador junto con las de capacidad, solvencia y no incursión en prohibiciones de contratar, al suponer una concreción de la capacidad de obrar en determinados contratos en los que es legalmente exigible tal habilitación específica para su ejecución. En este sentido, el artículo 39.2 a) de la LCSP sanciona su incumplimiento con la nulidad de pleno derecho del contrato en la misma medida que la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional.

Este Tribunal en su Resolución 281/2019, de 4 de julio señalaba *“Centrado ya el motivo de la reclamación debe indicarse que las condiciones de aptitud para contratar se establecen en el artículo 65 de la LCSP que indica: ‘1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en algún prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.*

(...)

2. Los contratistas deberán contar asimismo con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato’.

La aptitud para contratar de la empresa licitadora es condición previa y

necesaria a la licitación de tal forma que es insubsanable, entendiéndose por tal no la acreditación documental o la declaración, sino su propia existencia. En consecuencia una empresa que no dispone de la aptitud requerida no podrá ni siquiera participar en el procedimiento de licitación”.

(...)

Por todo lo cual se considera que la UTE adjudicataria no poseía las condiciones de aptitud necesarias para licitar a este contrato al término del plazo de presentación de ofertas, debido a la falta de habilitación profesional de la subcontratista indicada en la oferta para integrar con medios externos la capacidad exigida en el apartado 23 del cuadro resumen de condiciones particulares”.

Por su parte, el TACRC en la misma línea señala, entre otras, en su Resolución 98/2020, de 23 de enero: *“Por tanto, siendo las habilitaciones un aspecto relativo a la capacidad de los empresarios, y estableciendo el artículo 140.4 de la LCSP que las circunstancias relativas a la capacidad deben concurrir en la fecha final de presentación de ofertas, y subsistir en el momento de perfección del contrato, la verificación de si la empresa adjudicataria cuenta o no con la preceptiva habilitación del Ministerio del Interior (exigida por el Real Decreto 2364/1994 que aprueba el Reglamento de Seguridad Privada), es una cuestión que debe verificarse antes de la adjudicación del contrato, y no en fase de ejecución.*

(...)

Así pues, procede estimar parcialmente el recurso, anulando la resolución de adjudicación y retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a su dictado, para conceder a la empresa MERSANT la posibilidad de acreditar que a la fecha final del plazo de presentación de ofertas contaba con la preceptiva autorización del Ministerio del Interior para llevar a cabo la prestación exigida en los pliegos de conexión a central receptora de alarmas”.

Ciertamente, el artículo 140.4 de la LCSP no cita expresamente la habilitación empresarial entre las circunstancias que deberán concurrir en la fecha de finalización del plazo de presentación de las oferta (como lo hace respecto capacidad, solvencia y ausencia de prohibición para contratar), pero no se puede olvidar que la habilitación empresarial, en cuanto aptitud legal para el ejercicio de la

actividad, constituye un requisito necesario, aunque no suficiente, para participar en la licitación, ya que además se deberá cumplir los requisitos de solvencia requeridos que, por regla general, serán superiores a los exigidos para simplemente ejercer la profesión o actividad de forma legal. Por ello, a juicio de este Tribunal, la omisión de la habilitación empresarial del artículo 140.4 no obedece a una intención del legislador de excluirla del régimen que contiene, sino que obedecería una defectuosa redacción del texto legal. Desde el punto de vista de una interpretación sistemática, no se debe obviar que la citada habilitación está recogida en el artículo 65 de la LCSP que regula las condiciones de aptitud para contratar junto a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibición para contratar a las que se refiere expresamente el artículo 140.4 citado.

Por tanto, en contra del criterio mantenido por la recurrente, la habilitación empresarial requerida en los pliegos debe concurrir a la finalización del plazo de presentación de las ofertas.

Solventada la primera cuestión, procede determinar si a esa fecha OHL disponía de la habilitación exigida, ya que es incontrovertido que la otra componente de la UTE sí que contaba con ella.

OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A. aporta con fecha 8 de agosto de 2022, en contestación al requerimiento de subsanación los siguientes documentos:

- Escritura de constitución de la UTE RECOGIDA SELECTIVA FUENLABRADA.
- Justificante de la respuesta al primer requerimiento, con fecha 27 de junio /2022, así como la documentación presentada.
- Presentación, con fecha 14 de julio 2022, en la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura de la Comunidad de Madrid, de la solicitud de inscripción en el Registro de Transportistas de Residuos para los códigos LER de envases objeto del servicio, a nombre de la UTE.
- Presentación, con fecha 4 de agosto de 2022, en la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura de la Comunidad de Madrid, de la solicitud de modificación de la Inscripción en el Registro de Transportistas de Residuos No

Peligrosos Nº 13T02A1800018251A, a nombre de OHL SERVICIOS-INGESAN, en la que se solicita la autorización de nuevos vehículos y la actualización de la relación de residuos autorizados, incluyendo los códigos LER 150102, 150104, 150105 y 150106 recogidos en los pliegos.

- Resolución de la Inscripción en el Registro de Transportistas de Residuos No Peligrosos con Nº 13T02A1800018251A, a nombre de OHL SERVICIOS-INGESAN, de 16 de diciembre 2016, que no incluye los códigos LER indicados en los pliegos.

- Actualización de la Inscripción en el Registro de Transportistas de Residuos No Peligrosos con Nº 13T02A1800018251A, a nombre de OHL SERVICIOS-INGESAN, de 5 de septiembre 2018, que no incluye los códigos LER indicados en el P.C.A.P.

Con independencia de la discusión sobre si la habilitación se obtiene mediante acto comunicado o por inscripción en el registro, de la documentación presentada no queda acreditado que OHL contara con la habilitación exigida a la fecha de finalización del plazo de presentación de las ofertas.

Quedaría pendiente dilucidar si es posible la integración de la habilitación de una de los componentes de la UTE a su totalidad, ya que la otra componente de la UTE cuenta con ella.

Con carácter general, la respuesta ha de ser negativa, salvo que se refiera a una parte del contrato claramente separable, en cuyo caso cabe su exigibilidad únicamente a la empresa que la vaya ejecutar. En este sentido, este Tribunal se pronunció en su Resolución 177/2019, de 18 de mayo: *“Pues bien, como ha señalado este Tribunal en diversas Resoluciones, la habilitación es un requisito de capacidad claramente diferenciado de la solvencia, de modo que se refiere a una autorización administrativa necesaria para desarrollar la actividad objeto del contrato, y pretende garantizar que el órgano de contratación contrata con una empresa que desempeñe legalmente actividad objeto del contrato y que, por lo tanto, puede ejecutarla.*

En este sentido, el artículo 65.2 dela LCSP establece que “Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su

caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”.

El criterio mantenido por los tribunales de Resolución de recursos contractuales, entre ellas las Resoluciones alegadas por los interesados señaladas anteriormente, es que la UTE cumple con el requisito de habilitación si está en posesión de ella el componente que efectivamente va a realizar la prestación sujeta a habilitación.

En este sentido, la Resolución 1020/2015 del TACRC alegada por el reclamante señala “Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal sobre la habilitación empresarial o profesional en el ámbito de las UTEs ha señalado, por ejemplo en su Resolución 141/2013, recogiendo el criterio contenido en el Informe 29/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que las autorizaciones o habilitaciones han de ser exigidas a todas aquellas empresas integrantes de una futura UTE que hayan de desarrollar las actividades a que las mismas se refieren, no así a aquellas otras cuya intervención en la ejecución contractual no alcance a tales actividades, dado que este tipo de autorizaciones o certificaciones alcanzan tan solo a la actividad de la concreta empresa a la que se han concedido, sin que puedan servir para acreditar el cumplimiento de los requisitos de aptitud que entrañan por otras que no los posean. A los demás, en la medida en que su actuación se desarrolla en otros ámbitos, como es el caso de las empresas Iberia y Nex (servicios de transporte fundamentalmente), no les resultaría exigible -como pretende la recurrente- la autorización propia de agencia de viajes por cuanto no se corresponde con la actividad a realizar por las mismas con motivo de la ejecución del contrato- En consecuencia, procede rechazar también esta alegación”.

Por consiguiente, al tratarse de un contrato cuyo objeto consiste en una única prestación resulta necesaria la acreditación de la habilitación legal por ambas empresas componentes de la UTE”.

En sentido semejante se pronunció el TACRC en su Resolución 1099/2021, de 9 de septiembre: “Por tanto, ha de concluirse que, exigiendo el PCAP estar en posesión de una determinada habilitación profesional para la ejecución del contrato, esta habilitación es exigible a todos los miembros de la UTE”.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, las dos empresas que conforman la UTE deben estar habilitadas y deben acreditar dicha habilitación, al tener un mismo porcentaje de participación en la unión de empresarios (50%), siendo única la prestación el servicio de recogida de envases.

En definitiva, a juicio de este Tribunal, no ha quedado acreditada a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, la habilitación legal exigida por los pliegos de los dos componentes de la UTE, por lo que la resolución recurrida que considera retirada su oferta es ajustada a Derecho, procediendo la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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 en materia de contratación interpuesto por las representaciones legales de las empresas OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U. y ASCAN SERVICIOS URBANOS, S.L., (en compromiso de UTE) contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 25 de agosto de 2022, por el que se decide su exclusión del procedimiento de licitación al considerar retirada su oferta del contrato al “Servicio público de limpieza viaria y recogida de muebles, enseres y voluminosos”, referido al lote II “Servicio de recogida selectiva de envases ligeros”, expediente 2019/003164.

Segundo.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación para el lote II acordada por este Tribunal con fecha 8 de septiembre de 2022.

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.

Cuarto.- 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 59 de la LCSP.