

Recurso 284/2015**Resolución 39/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 18 de febrero de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CAMPOS Y RUBIO TRANSPORTE DE VIAJEROS, S.L.**, contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Maracena, de 30 de noviembre de 2015, referente al requerimiento al segundo clasificado de la documentación previa a la adjudicación del contrato, y a través del cual la recurrente conoce su exclusión del procedimiento denominado “Servicio público de transporte urbano” (Expte. 979/2015), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 3 de junio de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, y con esa misma fecha, el anuncio de licitación se publicó en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Maracena.



El valor estimado del contrato asciende a 1.100.000,00 euros y entre las empresas que participaron en el procedimiento figura la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Tras la calificación de la documentación de las empresas licitadoras y la valoración de las ofertas presentadas por la Mesa de contratación, con fecha 21 de octubre de 2015, se acordó requerir a CAMPOS Y RUBIO TRANSPORTE DE VIAJEROS, S.L., al resultar su propuesta la más ventajosa, a fin de que presentara la documentación indicada, entre las que se incluye el Certificado OSHAS 18001 en materia de seguridad y salud.

CUARTO. Una vez presentada en plazo la documentación requerida, a la vista de la misma y previa petición de informe sobre la adecuación de los certificados presentados a la empresa IDEUS, INGENIERÍA PARA EL DESARROLLO URBANO SOSTENIBLE, S.L. (en adelante, IDEUS, INGENIERÍA SOSTENIBLE), la Junta de Gobierno Local acordó con fecha 30 de noviembre de 2015 requerir al segundo clasificado la documentación previa a la adjudicación del contrato en cumplimiento de la cláusula 25 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), pues al considerar incorrecta la documentación aportada por la empresa ahora recurrente, considera que ha retirado su oferta.

Dicho Acuerdo fue notificado a la recurrente el 10 de diciembre de 2015.



QUINTO. El 18 de diciembre de 2015 se presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial contra el citado Acuerdo de 30 de noviembre de 2015, a través del cual la recurrente ha tenido conocimiento de su exclusión del procedimiento al considerar retirada su oferta.

SEXTO. El 21 de diciembre de 2015, la Secretaría del Tribunal remitió oficio al órgano de contratación solicitando copia compulsada del expediente de contratación, informe al mismo, alegaciones a la medida provisional de suspensión solicitada por la recurrente y listado de licitadores en el procedimiento con los datos precisos a efectos de notificaciones.

Previa reiteración de la petición con fecha 30 de diciembre de 2015, dicha documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 5 de enero de 2016, tras su presentación en el Registro General de la Delegación del Gobierno en Granada el 24 de diciembre de 2015.

SÉPTIMO. Mediante escrito de 14 de enero de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al otro licitador en el procedimiento de adjudicación del contrato, TRANSPORTES METROPOLITANOS DE GRANADA, S.A.U., concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, las cuales han sido presentadas en plazo.

OCTAVO. En virtud de Resolución de 19 de enero de 2016, este Tribunal acordó la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP, aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre,



por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el presente supuesto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de un municipio, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su nueva redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

Por tanto, y teniendo en cuenta que el Ayuntamiento de Maracena ha remitido el informe y expediente de contratación a este Tribunal sin manifestar la existencia de órgano propio para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía para la resolución del presente recurso.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

En primer lugar es preciso determinar la verdadera naturaleza jurídica del contrato que nos ocupa ya que, como se expondrá a continuación, ello resulta



decisivo para determinar el carácter impugnabile del acto administrativo que se recurre.

Pues bien, la cláusula 2 del PCAP, al abordar la calificación del contrato regula el mismo como de “*gestión de servicio público, mediante concesión*”. En tal caso, al no prever el PCAP la existencia de gastos de primer establecimiento, no cabría, en principio, el recurso especial en materia de contratación (apartado 1.c del artículo 40 del TRLCSP).

No obstante lo anterior, la previa calificación de este contrato como de gestión de servicio público no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Al respecto, hemos de indicar que la adecuada tipificación de un contrato como gestión de servicio público o como servicio ya ha sido abordada con profusión por este Tribunal (por todas, la Resolución 139/2015, de 21 de abril) y por otros Tribunales administrativos de recursos contractuales con apoyo en la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (v.g. Resoluciones 176/2014, de 25 de septiembre y 180/2014, de 3 de octubre, de este Tribunal, Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre, 55/2013, de 1 de octubre y 37/2014, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Resoluciones 81/2013, de 20 de febrero y 204/2013, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 48/2014, de 19 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y Resolución 56/2014, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

En concreto, el Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ya sostenía, a propósito de un



contrato calificado por el órgano de contratación como gestión del servicio público de hemodiálisis mediante concierto, que dicha calificación exige como condición *sine qua non* la transferencia de riesgo al contratista. En tal sentido, el Acuerdo alude a abundante jurisprudencia comunitaria, de la que destacamos las siguientes sentencias:

- **Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Wasser)** en la que se señala que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios -Sentencia Parking Brixen- mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago. Asimismo, la Sentencia manifiesta que ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios y concluye que siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación se está en presencia de una concesión de servicios.
- **Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, (Asunto Privater)** en la que se define el riesgo de explotación económica del servicio como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente



los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

Asimismo, el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que la línea diferenciadora entre ambas modalidades contractuales -servicios y gestión de servicios públicos- es trascendental, pues de ello depende la aplicación o no de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. Así, los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales comunitarios se encuentran sujetos a dicha regulación y son susceptibles de recurso especial, mientras que el contrato de gestión de servicios públicos no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, salvo concurrencia de requisitos legales tasados, tampoco es susceptible de recurso especial.

El citado informe del órgano consultivo estatal, con apoyo en la Directiva 2004/18/CE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, define como características propias de la concesión de servicios, las siguientes:

1. La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.
2. La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.
3. Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para



que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.

4. La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente.

Asimismo, el informe mencionado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concluye que:

- La asunción del riesgo de explotación por el concesionario es el elemento determinante para atribuir a una relación jurídica la condición de concesión de servicios, de modo que la concurrencia de las demás características expuestas sin asunción del riesgo de explotación no permite calificar el negocio jurídico como concesión de servicios.
- Los contratos de gestión de servicios públicos se vinculan expresamente con las concesiones de servicios. No obstante, el contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de un servicio público asumido como de su competencia por una Administración Pública habrá de ser calificado como contrato de servicios, si dicho particular no asume el riesgo de la explotación y el objeto contractual puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II de la LCSP.



De otro lado, los Tribunales Administrativos de recursos contractuales se vienen pronunciando en igual sentido. Así, la Resolución 81/2013, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales concluye que la gestión indirecta de un servicio público por un particular puede configurarse como una concesión administrativa si existe riesgo en la gestión o como un contrato de servicios, si el contratista se limita a realizar una serie de actuaciones que sirven a la Administración titular del servicio como instrumento auxiliar en la prestación del mismo.

El Acuerdo 37/2014, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón sostiene que *“un servicio sanitario como el analizado (Gestión de servicios públicos de un centro de día de salud mental para personas con enfermedad mental en la Comunidad Autónoma de Aragón), difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos, en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria contenida en la cartera de servicios del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia (...)”*.

Finalmente, la Resolución 56/2014, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, ante un contrato calificado por el órgano de contratación como gestión del servicio público de prestación de transporte sanitario terrestre, urbano, interurbano e interprovincial, urgente y no urgente, concluye que *“En el presente caso, un servicio sanitario como el analizado difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos operacionales, porque podría desvirtuar la prestación de carácter esencial contenida en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, y concebida como obligatoria por la Ley 16/2003 de 18 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.*



Es más el referido Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, en su apartado referido al transporte sanitario (Anexo VIII), limita las posibles decisiones de carácter empresarial del contratista al concretar detalladamente las condiciones generales para el acceso a la prestación de transporte sanitario, su contenido, los requisitos generales, así como los criterios para la utilización del transporte sanitario entre Comunidades Autónomas.

Igualmente está determinado que los vehículos de transporte sanitario por carretera deben cumplir los requisitos señalados en el Real Decreto 836/2012, de 25 de mayo, por el que se establecen las características técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera.

Por ello, este Tribunal considera que en el presente contrato no existe una transferencia relevante de riesgos operaciones, pues ésta exige capacidad de adoptar amplias decisiones de carácter empresarial, por ejemplo para captar usuarios; el pago es a tanto alzado independientemente del número de traslados a realizar; y porque es la Administración sanitaria la que debe facturar en los casos en que exista un tercero responsable del pago de la prestación o del servicio que se efectúe (cláusula 18.3.1 del PCAP).”

Partiendo de lo que acaba de exponerse y puesto que es la asunción de riesgo por parte del concesionario lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios, debemos examinar la configuración de la contraprestación en el PCAP a este respecto.

El PCAP en su cláusula 14 relativa a la “Retribución del concesionario” establece que:

“ El concesionario se retribuirá mediante dos vías:



- *Mediante los ingresos generados por la explotación de soportes publicitarios.*
- *Con la subvención a la explotación que le abone el Ayuntamiento para mantener el equilibrio de la explotación sobre la base de la oferta de adjudicación del contrato, con cargo a la partida presupuestaria 440.227.12*

La subvención a la explotación del servicio será abonada a los 30 días siguientes de la presentación de la factura por parte del concesionario de conformidad con lo establecido en el artículo 216 del TRLCSP. Junto con la factura el concesionario deberá presentar una relación de los servicios prestados el mes anterior y los ingresos percibidos directamente de los usuarios del servicio.

Los ingresos recaudados por el cobro de la tarifa a los usuarios serán deducidos de la facturación mensual que la empresa adjudicataria realice al Ayuntamiento de Maracena.”

Por su parte, la cláusula 15 prevé la revisión de la retribución a abonar al concesionario en los siguientes términos:

“Transcurridos doce meses desde la formalización del contrato o desde la última revisión de precios, el precio ofertado por el concesionario para la gestión del servicio será objeto de revisión, aplicándose, de acuerdo a la oferta económica presentada por el licitador, los siguientes criterios de revisión:

- Costes temporales:

- *Se revisarán los costes de combustible de acuerdo al informe mensual de precios y tarifas del Ministerios de Industria, atendiendo a la variación sufrida en los últimos doce meses del precio medio sin impuestos del combustible empleado por el vehículo, para la provincia de Granada.*



- *Se revisará el resto de costes incluidos dentro de los costes kilométricos atendiendo a la variación sufrida por la subclase “07231 – Servicios de mantenimiento y reparaciones” del IPC.*

- Resto de costes.

- *Se empleará como índice de revisión el 85% de la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumo en los doce meses anteriores al mes que procede la revisión.”*

Asimismo, la cláusula 17 “Equilibrio de la concesión” indica:

“El equilibrio económico del contrato será el contenido en el acuerdo de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el presente pliego y en la oferta que resulte adjudicataria. Por tanto, el contrato se ejecutará a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de la explotación de los servicios incluidos en el objeto del contrato en ellos términos establecidos en su oferta.

El Ayuntamiento sólo procederá a restablecer el equilibrio económico del contrato en caso de que concurra alguno de los siguientes supuestos:

- *Cuando el Ayuntamiento modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación del contrato.*
- *Cuando actuaciones del Ayuntamiento determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*
- *Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 del TRLCSP.”*



De lo anterior se desprende que, aun cuando el PCAP afirma que el contrato se celebrará a riesgo y ventura del contratista, la retribución del contratista no va a depender en exclusiva de la explotación de un servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados a cambio de un precio prefijado en la adjudicación, aunque el precio mensual se satisfaga por una parte mediante una “subvención” del Ayuntamiento y por otra de las tarifas abonadas por los usuarios, por lo que la figura del contratista se asimila a lo que en términos de la Directiva 2004/18/CE y el propio TRLCSP denomina prestador de servicios.

Así, la cláusula 14 del PCAP establece como derecho del concesionario *“La subvención a la explotación del servicio será abonada a los 30 días siguientes de la presentación de la factura por parte del concesionario de conformidad con lo establecido en el artículo 216 del TRLCSP. Junto con la factura el concesionario deberá presentar una relación de los servicios prestados el mes anterior y los ingresos percibidos directamente de los usuarios del servicio”*, lo que supone, por sí mismo, que no nos encontremos en presencia de un contrato de concesión de servicio público sino de un contrato de servicios.

Como ya se ha manifestado este Tribunal en casos similares al actual, entre otras en las Resoluciones 168/2014 de 4 de agosto, 242/2014 de 27 de noviembre, y 257/2014 de 17 de diciembre, en realidad nos hallamos ante un contrato de servicios en el que la retribución del contratista no se hace depender del grado de utilización del servicio por los usuarios; el importe que esta utilización suponga simplemente se deducirá de la cuantía que mensualmente se compromete a abonar el Ayuntamiento, por lo que el contratista no asume riesgo alguno en la explotación del servicio, ya que conoce su retribución mensual independientemente de los ingresos que genere por el cobro de la tarifa.



Visto lo anterior, y al encontrarnos ante un acto notificado a la recurrente a través del cual ha tenido conocimiento de su exclusión, en concordancia con lo dispuesto en los apartados 1.b) y 2.b) del artículo 40 del TRLSP, debe entenderse que el acto impugnado es recurrible en esta vía.

CUARTO. Antes de entrar en la cuestión de fondo planteada, procede analizar si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

El artículo 44.2 del TRLCSP, en su primer párrafo, dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

(...)

b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

En el supuesto analizado, consta en el expediente que el acto impugnado fue remitido el 3 de diciembre de 2015, y recibido el 10 de diciembre, por lo que habiéndose presentado el recurso en el Registro de este Tribunal el 18 de diciembre de 2015, éste se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.



La recurrente discrepa del motivo de su exclusión contenido en el acuerdo impugnado, que consiste en que el certificado OSHAS 18.001 que presentó en contestación al requerimiento del órgano de contratación para aportar la documentación necesaria para realizar la adjudicación del contrato, no es suficiente para acreditar el cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 14 del PPT. Dicho acuerdo se remite a su vez al informe de la empresa IDEUS, INGENIERÍA SOSTENIBLE emitido a petición del Ayuntamiento, en el que se concluye que *“según el certificado presentado, la empresa Campos y Rubio no tenía la capacidad de licitar al proceso de contratación, puesto que en el momento de presentación de las ofertas (momento en el que ostenta la calidad de licitador) la empresa no disponía de la certificación necesaria para poder concurrir al proceso”*.

De acuerdo con lo anterior, el órgano de contratación da por desistida a la recurrente en virtud de lo estipulado en la cláusula 25 del PCAP que rige la presente licitación y que indica que *“de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”*, pues el órgano de contratación entiende que el certificado OSHAS 18001 debía estar vigente a fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas.

La recurrente alega lo siguiente:

a) Los certificados de calidad no son criterios de adjudicación ni vienen ponderados; tampoco se ha previsto en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) ni en el PCAP su forma de acreditación ni su presentación propiamente dichas; asimismo, los pliegos tampoco especifican que la carencia o falta de presentación de estos certificados sea causa de exclusión. Vienen regulados en el Capítulo V “Otras Disposiciones” en el que se exige que el adjudicatario esté en posesión de estos certificados para la ejecución del



contrato. Por consiguiente, no está de acuerdo con la exigencia de que el certificado OSHAS deba estar expedido con fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas, pues ello supone de hecho convertirlo en un criterio de solvencia del licitador, habiendo quedado ésta ya acreditada en la fase correspondiente.

Aclara la recurrente que las cláusulas 13 y 14 del PPT se refieren a la posesión de este certificado por parte del adjudicatario salvo en el segundo párrafo del artículo 14 del PPT en el que se indica que *“las empresas licitadores deberán estar certificadas en OSHAS 18001”*. No obstante, la recurrente entiende que esta última referencia a los licitadores se trata de un error, pues la cláusula 14 se encuentra dentro del Capítulo V “Otras Disposiciones” que va referido a la empresa adjudicataria, y el resto de certificados de calidad solo se exigen al adjudicatario.

La recurrente también destaca el momento procedimental en el que han sido solicitados los certificados, que es en el requerimiento de documentación previa a la adjudicación, como prueba de que los mismos solo son exigibles al futuro adjudicatario y no al resto de licitadores con carácter general, como ocurre con los medios acreditativos de la solvencia.

Por todo lo anterior considera improcedente la exigencia de que la fecha de expedición del certificado OSHAS 18001 sea anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas.

Por último alega que, en cualquier caso, si los pliegos no son claros, nunca deben interpretarse a favor del órgano de contratación.

b) La recurrente alega asimismo la vulneración de los artículos 80 y 81 del TRLCSP, pues los certificados exigidos se basan en una determinada norma. Dichos artículos establecen que los órganos de contratación reconocerán los



certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarían otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios. Pues bien, de haber dado la opción de estas otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de calidad, la recurrente podría haberlas presentado, pues disponía de ellas, lo que prueba el hecho de haber sido certificada por normas ISO 14001, 9001 y OSHAS 18001 a fecha actual de adjudicación. En tal sentido, invoca a su favor la Resolución 113/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como la Resolución 223/2013 de dicho Tribunal.

c) En tercer lugar, denuncia también la recurrente que la licitadora TRANVÍAS METROPOLITANOS DE GRANADA, S.A.U. ha incumplido la cláusula 9 del PPT según se deduce del propio informe técnico, pues no acreditó la capacidad mínima requerida en el pliego para el vehículo ni la disposición de piso bajo.

d) Por último, aun cuando su oferta ha resultado la económicamente más ventajosa, advierte no estar de acuerdo con la baja puntuación obtenida en los criterios ponderados mediante juicio de valor.

Por todo lo anterior solicita que se acuerde la anulación de la resolución recurrida.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe realiza las siguientes consideraciones referidas a la exigencia de aportación de los certificados previstos en el pliego; indica que los certificados requeridos han de tener la condición de criterio de solvencia de los licitadores, con independencia de que la redacción del pliego haya podido inducir a confusión a uno de los licitadores, pues *“las cosas son lo que son”* y en ningún caso podrían ser criterio de adjudicación.



Indica que la Mesa de contratación realizó el requerimiento en el momento en que advirtió esta circunstancia, solicitándole los certificados a uno de los licitadores, y al comprobar que no se encontraba en posesión del certificado OSHAS 18001 a fecha de presentación de su oferta, procedió a su exclusión.

Según el órgano de contratación, no se procedió a darle trámite de subsanación antes de excluirlo porque no cabe la válida subsanación de documentos que no estaban vigentes a la fecha de presentación de la oferta, y aceptarlos con fecha posterior sería concederle una ventaja competitiva frente al otro licitador que sí acreditó estar en posesión de los referidos certificados al momento de finalización del plazo de presentación de ofertas.

Por último hemos de indicar que la otra licitadora, TRANVÍAS METROPOLITANOS DE GRANADA, S.A.U., ha realizado las alegaciones a los fundamentos del recurso en la misma línea de argumentación jurídica que la seguida por el órgano de contratación.

SEXTO. Vistas la alegaciones de las partes procede entrar en el fondo del asunto.

El primer alegato de la recurrente se basa en que considera que la exigencia de los certificados de calidad, en concreto del certificado OSHAS 18001, está configurada en los pliegos como una condición de ejecución que debe cumplir el adjudicatario, y no como un requisito de solvencia, por lo que no es exigible su vigencia a fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, siendo en consecuencia contraria a derecho la exclusión de la recurrente por dicho motivo.

Para el estudio de esta cuestión, hemos de analizar en primer lugar la regulación que hacen los pliegos sobre los criterios y medios de solvencia y sobre la exigencia de los certificados de calidad.



La cláusula 22 del PCAP, al regular la documentación a incluir en el sobre 1 “Documentación administrativa”, se refiere en su apartado 4 a la solvencia económico-financiera y técnico o profesional, indicando respecto de esta última que *“la solvencia técnica o profesional se acreditará mediante la presentación de una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años similares al objeto de la presente contratación que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos, y de la que pueda acreditarse que el licitador cuenta con experiencia suficiente para cumplir las obligaciones y deberes recogidos en el presente contrato.”*

Asimismo, el anuncio de licitación publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada con fecha 3 de junio de 2016, indica que la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica o profesional serán las indicadas en la cláusula 22 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Por su parte el PPT, en su Capítulo V “Otras disposiciones”, indica en su cláusula 13 que *“el adjudicatario deberá estar certificado en las normas ISO 9001 del sistema de gestión de la calidad implantada, y en las normas ISO 14001, respecto a la gestión medioambiental, relativos a los servicios objetos del contrato, y en su cláusula 14 que “el adjudicatario será responsable, durante toda la vigencia del contrato, de cumplir con la normativa existente en cada momento en materia de prevención de riesgos laborales. En particular, documentará ante los Servicios Técnicos Municipales el sistema de gestión de la prevención de riesgos laborales adoptado (constitución de servicio de prevención propio, contrato con servicio de prevención ajeno, designación de trabajadores).*

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, las empresas licitadoras deberán estar certificadas según la norma OSHAS 18001.



La empresa vendrá obligada a realizar la adscripción del conductor a la línea.”

De acuerdo con la regulación de los pliegos que rigen la presente licitación y que acabamos de analizar, entre los medios de solvencia no se encuentran los certificados de calidad. De hecho, la exigencia de estos certificados solo la encontramos en el PPT y en clara referencia a la fase de ejecución del contrato. Recordemos al respecto que el artículo 67 del RGLCAP regula el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, previendo para cada tipo de contrato que se incluyan los criterios de selección del contratista, mientras que el artículo 68 enumera el contenido del pliego de prescripciones técnicas particulares con el siguiente tenor:

“1. El pliego de prescripciones técnicas particulares contendrá, al menos, los siguientes extremos:

a) Características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato.

b) Precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar.

c) En su caso, requisitos, modalidades y características técnicas de las variantes.

(...)

3. En ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.”

Por consiguiente, es cierto que la cláusula 14 del PPT al referirse al certificado OSHAS 18001 hace mención a “*las empresas licitadoras*”, pero en el resto de su redacción se refiere de forma reiterada al adjudicatario, por lo que resulta poco congruente entender que en la regulación de los certificados exigidos al adjudicatario figure un requisito de solvencia de los licitadores, y más teniendo



en cuenta la prohibición del artículo 68.3 del RGLCAP de que los pliegos de prescripciones técnicas contengan declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El órgano de contratación, para justificar su interpretación en el sentido de haber considerado la exigencia de los certificados como medios de solvencia, centra la polémica en determinar si la exigencia de los certificados se encuadra en los criterios de solvencia o en los de adjudicación, concluyendo que al no poder ser considerados nunca como criterios de adjudicación deben ser considerados necesariamente criterios de solvencia.

Pero de acuerdo con la regulación establecida en los pliegos, la exigencia de estos certificados ni son criterios de adjudicación ni lo son de solvencia, sino que, como ha indicado la recurrente, se trata de exigencias para la ejecución del contrato. Y ello es así no porque los certificados de calidad tengan que ser inexorablemente criterios de ejecución, pues podrían haberlo sido de solvencia, pero no es así como han sido configurados por los pliegos.

Por consiguiente, si atendemos a la doctrina ya expuesta en numerosas ocasiones por este Tribunal sobre la interpretación de las cláusulas confusas contenidas en los pliegos, el órgano de contratación debe realizarla conforme al principio de igualdad, enfocada a garantizar la concurrencia en el procedimiento y de forma favorable para los licitadores, pues éstos no son responsables de la ambigüedad en la configuración de los anuncios y los pliegos.

Así, entre otras, en la Resolución 143/2015, de 21 de abril, este Tribunal ya se ha pronunciado en el sentido de que los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades y en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del código Civil sobre interpretación de los contratos, cuyo artículo 1288 preceptúa que *“la interpretación de las cláusulas*



oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad.”

Asimismo, en las Resoluciones 128/2015 y 131/2015, ambas de 7 de abril, este Tribunal indicó que *“esta interpretación del pliego perjudica claramente a quien no ha causado la confusión en su redacción, es decir, a los licitadores, conculcando asimismo el principio de concurrencia consagrado en el artículo 1 del TRLCSP.*

De acuerdo con una reiteradísima jurisprudencia –SSTS de 19 de marzo de 2001, de 8 de junio de 1984 y de 13 de mayo de 1982-, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades y en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del código Civil sobre interpretación de los contratos, cuyo artículo 1288 preceptúa que 'La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad.’

De acuerdo con lo anterior hemos de considerar que el órgano de contratación, a la vista de la confusión que puede existir en el PPT al mencionar a las empresas licitadoras dentro de una cláusula que regula obligaciones del adjudicatario, ha realizado la interpretación más restrictiva, menos congruente con la configuración que los pliegos han realizado de la documentación a presentar en cada fase, y menos acorde con la prohibición sobre el contenido de los PPT que hace el artículo 68 del RGLCAP, yendo incluso contra sus propios actos al querer en fase de adjudicación revisar la decisión que la Mesa ya adoptó en la fase de admisión de licitadores, y exigiendo esta solvencia únicamente al propuesto como adjudicatario.

Por consiguiente, debe darse la razón a la recurrente al considerar contraria a derecho la decisión de la Mesa de dar por retirada su proposición al entender



que el certificado OSHAS 18001 no cumple las condiciones del artículo 14 del PPT, pues no es exigible al futuro adjudicatario que acredite la vigencia de los certificados de calidad exigidos a fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, al no poder entenderse que dicho certificado esté configurado en los pliegos como requisito de solvencia, sino de ejecución del contrato.

En consecuencia, debe estimarse la pretensión de la recurrente por este primer motivo de recurso, anulando la decisión de la Junta de Gobierno Local de entender retirada la proposición de la recurrente, y procediendo a realizar la adjudicación a su favor.

SÉPTIMO. En cuanto al resto de motivos del recurso debe indicarse que una vez que la pretensión de la recurrente ha quedado satisfecha con la anulación del acto impugnado, carece de relieve entrar en su análisis, pues en nada modificarían la decisión adoptada ni el sentido del nuevo acto que deba adoptar el órgano de contratación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CAMPOS Y RUBIO TRANSPORTE DE VIAJEROS, S.L.**, contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Maracena, de 30 de noviembre de 2015, referente al requerimiento al segundo clasificado de la documentación previa a la adjudicación del contrato denominado “Servicio público de transporte urbano” (Expte. 979/2015), y en consecuencia, anular la decisión de entender retirada la proposición de la recurrente para que se proceda a realizar la adjudicación a su favor.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en Resolución de 19 de enero de 2016.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

