



Exp. Junta Consultiva: RES 5/2016

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de subministrament de material informàtic consumible per a la Presidència del Govern i per a la Conselleria de Presidència

CONTR 2016/3143

Conselleria de Presidència

Recurrent: Tonerclass, SL

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 23 de febrer de 2017 pel qual es resol el recurs especial en matèria de contractació interposat per Tonerclass, SL, contra la Resolució de la consellera de Presidència per la qual s'adjudica el contracte de subministrament de material informàtic consumible per a la Presidència del Govern i per a la Conselleria de Presidència

Fets

1. El 16 d'agost de 2016, la directora general de Coordinació de la Conselleria de Presidència va aprovar, per absència de la secretària general, l'expedient de contractació, els plecs de clàusules administratives i de prescripcions tècniques i l'obertura del procediment d'adjudicació del contracte de subministrament de material informàtic consumible per a la Presidència del Govern i per a la Conselleria de Presidència, per procediment obert.
2. El 14 de novembre de 2016, la consellera de Presidència va dictar la Resolució per la qual s'adjudica el contracte a Distribuciones Universal Mallorca, SL. Aquesta Resolució es va notificar a Tonerclass, SL, el 22 de novembre de 2016.
3. El 23 de novembre de 2016, el representant de Tonerclass, SL, va interposar davant la Conselleria de Presidència un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució per la qual s'adjudica el contracte. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el 14 de desembre.
4. D'acord amb allò que estableix l'article 118 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, s'ha donat audiència als licitadors. El 3 de gener de 2017, el representant de l'empresa adjudicatària va presentar un escrit d'al·legacions.



Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual s'adjudica un contracte de subministrament no subjecte a regulació harmonitzada, tramitat per la Conselleria de Presidència.

Atès que es tracta d'un acte no susceptible del recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 40 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), es pot interposar en contra el recurs administratiu que sigui procedent. Aquest recurs, a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, és el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

2. El recurs especial que ha interposat el representant de Tonerclass, SL, es fonamenta en el fet que, a parer del recurrent, l'empresa adjudicatària del contracte no pot executar-lo, atès que, d'acord amb el plec de prescripcions tècniques que el regeixen, un gestor de residus autoritzat ha de retirar els consumibles utilitzats, i que l'empresa adjudicatària no ho és ni tampoc no acredita la subcontractació d'aquest servei amb un gestor autoritzat.

Per això, el recurrent sol·licita que s'anul·li la Resolució impugnada.

3. L'article 54 del TRLCSP estableix les condicions d'aptitud que s'han de complir per contractar amb el sector públic i disposa, en l'apartat 1, que només poden contractar amb el sector públic les persones naturals o jurídiques, espanyoles o estrangeres, que tinguin plena capacitat d'obrar, no estiguin sotmeses a una prohibició de contractar i acreditin la seva solvència econòmica, financera i tècnica o professional o, en els casos en què ho exigeixi aquesta Llei, estiguin degudament classificades.



L'apartat 2 d'aquest article exigeix que els empresaris han de disposar, així mateix, de l'habilitació empresarial o professional que, si s'escau, sigui exigible per dur a terme l'activitat o la prestació que constitueixi l'objecte del contracte.

Així, l'habilitació professional fa referència al compliment d'una sèrie de requisits legals que autoritzen l'exercici d'una determinada activitat que constitueix l'objecte del contracte.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat va afirmar, en l'Informe 1/2009, de 25 de setembre, que l'habilitació a què es referia l'article 43.2 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic —en l'actualitat, l'article 54.2 del TRLCSP— és un requisit de legalitat i no de solvència en sentit estricte, atès que el que pretén el legislador en exigir-lo és evitar que el sector públic contracti amb empreses que no exerceixin l'activitat de forma legal.

4. La Llei 22/2011, de 28 de juliol, de residus i sòls contaminats, d'àmbit estatal, té per objecte establir el règim jurídic de la producció i gestió de residus.

El títol I de la Llei conté les disposicions i els principis generals. D'acord amb l'article 2, aquesta Llei s'aplica a tot tipus de residus, llevat d'algunes exclusions expressament esmentades, entre les quals no hi ha els consumibles informàtics. D'acord amb aquesta Llei, s'entén per gestió de residus la recollida, el transport i el tractament dels residus, inclosa la vigilància d'aquestes operacions, així com el manteniment posterior al tancament dels abocadors, incloses les actuacions que es duguin a terme en qualitat de negociant o agent. A més, l'article defineix el productor de residus, el posseïdor de residus i el gestor de residus.

El productor de residus és qualsevol persona física o jurídica que tingui una activitat que produeixi residus (productor inicial de residus) o qualsevol persona que efectui operacions de tractament previ, de mescla o d'un altre tipus, que ocasionin un canvi de naturalesa o de composició d'aquests residus.

El posseïdor de residus és el productor de residus o una altra persona física o jurídica que estigui en possessió de residus.

El gestor de residus és la persona o entitat, pública o privada, registrada mitjançant autorització o comunicació, que realitzi qualsevol de les operacions que componen la gestió dels residus, en sigui o no el productor.

El títol III, sota l'epígraf «Producció, possessió i gestió dels residus», desenvolupa les obligacions dels productors i dels gestors de residus. L'article



17 regula les obligacions dels productors o d'altres posseïdors inicials de residus i, per assegurar el tractament adequat dels seus residus, els obliga a:

- a) Realitzar el tractament dels residus per si mateixos.
- b) Encarregar el tractament dels seus residus a un negociant, o a una entitat o empresa, tots aquests registrats de conformitat amb el que estableix aquesta Llei.
- c) Lliurar els residus a una entitat pública o privada de recollida de residus, incloses les entitats d'economia social, perquè en faci el tractament.

L'article 27 de la Llei regula l'autorització de les operacions de tractament de residus i disposa, en els apartats 2 i 8, que les persones físiques o jurídiques que facin operacions de tractament de residus han d'obtenir una autorització de l'òrgan ambiental competent de la comunitat autònoma on tinguin el domicili, que serà vàlida per a tot el territori espanyol, i que la comunitat autònoma ha d'inscriure aquesta autorització en el registre de producció i gestió de residus.

L'article 29 regula la comunicació prèvia a l'inici de les activitats de producció i gestió de residus i disposa, en els apartats 2 i 3, que les entitats o empreses que recullin residus sense una instal·lació associada, com també les que transportin residus, han de presentar una comunicació prèvia a l'inici de les seves activitats davant l'òrgan competent de la comunitat autònoma on tinguin la seu social, que serà vàlida per a tot el territori espanyol, i que la comunitat autònoma l'ha d'inscriure en el registre respectiu.

En vista d'aquesta regulació s'ha de concloure que per dur a terme l'activitat de gestió de residus cal disposar de l'autorització prèvia de l'òrgan competent de la comunitat autònoma i haver comunicat prèviament l'inici de les activitats de recollida i transport, configurant-se així com a títols habilitants per poder gestionar residus.

5. Com ja hem dit, el recurrent considera que l'empresa adjudicatària del contracte no pot executar-lo, atès que, d'acord amb el plec de prescripcions tècniques que el regeixen, un gestor de residus autoritzat ha de retirar els consumibles utilitzats, i l'empresa adjudicatària no ho és ni tampoc no acredita la subcontractació d'aquest servei amb un gestor autoritzat.

D'acord amb el plec de clàusules administratives particulars, l'objecte del contracte és el subministrament de material informàtic consumible, i la necessitat que es pretén satisfer amb el contracte és dotar els equips d'impressió de la Presidència i de la Conselleria de Presidència del material fungible imprescindible per al seu normal funcionament.



El plec de prescripcions tècniques que regeixen el contracte especifica que s'han de subministrar cartutxos de tinta, tòners i tambors per a impressores i faxos, i en determina les característiques i altres aspectes. En relació amb la retirada dels consumibles utilitzats, en la clàusula 13 disposa que:

Per part de l'empresa adjudicatària s'encarregarà de la retirada dels tòners subministrats i utilitzats per un gestor autoritzat.

El preu de la retirada d'aquests consumibles estarà inclòs en el preu de subministrament del tòner ofert, sense que hi suposi cap cost addicional per a l'administració.

Així doncs, l'objecte del contracte és l'adquisició o el subministrament de determinats béns mobles —els consumibles informàtics— a canvi d'una contraprestació, és a dir, es tracta d'un contracte de subministrament, el qual es defineix en l'apartat 1 de l'article 9 del TRLCSP com aquell que té per objecte l'adquisició, l'arrendament financer, o l'arrendament, amb opció de compra o sense, de productes o béns mobles.

Per tant, l'objecte del contracte no és la prestació d'un servei —el servei de gestió de residus, definit com la recollida, el transport i el tractament dels residus—, sinó que únicament és un subministrament de béns, fet que implica que l'habilitació empresarial o professional que pugui ser exigible per dur a terme un servei de gestió de residus —l'autorització prèvia de l'òrgan competent de la comunitat autònoma i haver comunicat prèviament l'inici de les activitats de recollida i transport— no té perquè ser exigible per dur a terme una activitat diferent encara que en última instància els béns subministrats es converteixin en residus la gestió dels quals està sotmesa a l'habilitació pertinent. En aquest sentit, la normativa aplicable en matèria de residus no preveu l'obligatorietat de disposar de cap títol habilitant per dur a terme l'activitat o la prestació que constitueix l'objecte d'aquest contracte, que no és altra que la venda de productes.

Com a conseqüència d'això, i, en la mesura que l'obligació que el contractista encarregui a un gestor autoritzat la retirada dels residus és una obligació que se li imposa, però que no constitueix pròpiament l'objecte del contracte, no té sentit plantejar-se, com fa el recurrent, si l'empresa adjudicatària té intenció de subcontractar la retirada dels residus, atès que la subcontractació suposa que un contractista pot concertar amb tercers la prestació parcial d'un contracte —com seria el cas del subministrament d'alguns dels consumibles inclosos en el contracte—, però no és el cas que ens ocupa.



S'ha de dir que d'acord amb la Llei 22/2011 la Presidència del Govern i la Conselleria de Presidència tenen la consideració de productors de residus, atès que aquests es generen en el moment en què es consumeixen els productes adquirits i, per tant, tenen l'obligació que estableix l'article 17 d'aquesta norma de tractar els residus per si mateixes, encarregar-ne el tractament a una entitat o empresa o lliurar-los a una entitat de recollida de residus perquè els tracti.

S'observa que la previsió del plec de prescripcions tècniques no és sinó la materialització d'una de les opcions que la Llei 22/2011 ofereix als productors de residus per assegurar-ne el tractament adequat, com és lliurar els residus a una entitat pública o privada de recollida de residus, obligació legal el compliment de la qual es trasllada al contractista, que ha de vetllar perquè la recollida la dugui a terme efectivament un gestor de residus autoritzat.

En definitiva, atès que l'objecte del contracte no inclou la gestió de residus sinó únicament l'adquisició o subministrament de material informàtic consumible, no es requereix disposar de cap títol habilitant per executar-lo.

Una interpretació diferent conduiria a l'absurd d'interpretar que totes les empreses que es dediquen a la venda de determinats béns han de tenir una habilitació per gestionar els residus que produeixen aquests béns, interpretació que provocaria una limitació de la concurrència, contrària als principis que regeixen la contractació pública.

Tot i que, des d'un altre enfocament, es podria considerar que, en realitat, ens trobam davant d'un contracte mixt que conté prestacions pròpies del contracte de subministrament —l'entrega de béns— i d'altres que corresponen al contracte de serveis —la recollida de residus—, això no sembla adequat, atès que la unió en un sol contracte d'aquestes prestacions, l'execució d'una de les quals requereix que el contractista disposi d'un títol habilitat, suposaria una unió artificial o forçada de prestacions que es poden contractar de manera separada i afavorir així la concurrència.

6. Un cop examinat el contingut del recurs, el plec de clàusules administratives particulars, el plec de prescripcions tècniques i la Resolució impugnada, no consta que l'òrgan de contractació hagi actuat de manera arbitrària, ni s'adverteix que els plecs o la normativa específica hagin estat vulnerats en cap aspecte.

En conseqüència, no s'aprecia la concurrència de cap vici que pugui determinar la nul·litat de ple dret o l'anul·labilitat de la Resolució objecte del recurs.



Per tot això, dict el següent

Acord

1. Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per Tonerclass, SL, contra la Resolució de la consellera de Presidència per la qual s'adjudica el contracte de subministrament de material informàtic consumible per a la Presidència del Govern i per a la Conselleria de Presidència, i, en conseqüència, confirmar l'acte impugnat.
2. Notificar aquest Acord a les persones interessades i a la Conselleria de Presidència.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.