

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

En Madrid, a 25 de febrero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don M.G.G., en nombre y representación de TALHER, S.A., contra los Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas de la licitación del servicio “Recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en el municipio de Valdeolmos-Alalpardo”, expte: 1C-2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el BOCM de fecha 29 de enero de 2015, se publicó la convocatoria de licitación del contrato de servicios “Recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en el municipio de Valdeolmos-Alalpardo”, expte: 1C-2015, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 943.472,71 euros.

Segundo.- El 16 de febrero de 2015 la empresa THALER, S.A., presentó ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos de Cláusulas

Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) de dicha licitación.

El recurso alega la inadecuada exigencia de tres subgrupos de clasificación a los licitadores, la indebida inclusión dentro de los criterios de adjudicación ponderables mediante juicio de valor de la antigüedad en el servicio de recogida así como los contratos de iguales características en municipio de alrededor y la indeterminación de ciertas mejoras, valoradas dentro de los criterios valorables mediante fórmula.

Tercero.- Con fecha 18 de febrero el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

Cuarto.- El Ayuntamiento remitió al Tribunal en esa misma fecha el expediente administrativo y el informe preceptivo en el que sostiene la inadmisibilidad del recurso ya que considera que el contrato no es susceptible de recurso especial al no estar incluido en las categorías 17 a 27 del Anexo II, de acuerdo con lo establecido por el art.40.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- El Tribunal dio traslado del recurso a los demás interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el art.46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público (TRLCSP), concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar cabe examinar la admisibilidad del recurso ya que es una cuestión puesta de manifiesto por el órgano de contratación.

El artículo 40.1.a) del TRLCSP establece que serán susceptibles de recurso administrativo especial los contratos de obras, concesión de obras públicas, de

suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco sometidos a regulación armonizada. El art.16 de mismo texto legal determina que serán contratos de servicios sujetos a regulación armonizada los comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo I II cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades: b) 207.000 euros cuando, entre otros casos, hayan de adjudicarse por entidades distintas de la Administración General del Estado.

En el presente caso el recurso se ha interpuesto contra el PCAP y el PPT correspondiente a un contrato de servicios clasificado en la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP, con un valor de 943.472,71 euros, superior por tanto a los 207.000 euros, y en consecuencia sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1. a) y 40.2. a) del TRLCSP. Por lo tanto, el recurso es admisible

Segundo.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 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.

Tercero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente, potencial licitadora, para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como la representación del firmante del recurso.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio fue publicado el día 30 de enero de 2015 en el BOCM y puestos a disposición de los licitadores los Pliegos en el perfil en esa misma fecha, por lo que el recurso interpuesto el 6 de febrero está dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Quinto.- Respecto del primer motivo del recurso, la cláusula 2, apartado 2 del PPT relativa a la “Aptitud para contratar y clasificación”, recoge la exigencia de contar con la siguiente clasificación:

- Grupo Q, Subgrupo 1, Categoría D.
- Grupo R, Subgrupo 5, Categoría D.
- Grupo U, Subgrupo 1, Categoría D.

La recurrente alega que “al tener el presente procedimiento como objeto la futura adjudicación de un contrato de servicios de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, la exigencia de tres clasificaciones diferentes para la prestación del servicio no se justifica ni es ajustada a Derecho, suponiendo un gravamen para la libre concurrencia al concurso. De las tres clasificaciones exigidas, entendemos procedentes las referidas a los Grupos R y U, relativas a la actividad de recogida de residuos y limpieza viaria, pero no consideramos procedente la exigencia de la clasificación en Grupo Q.”

Como consideración de carácter general cabe señalar que los requisitos de capacidad y solvencia y por lo tanto la clasificación, en su caso, deberían formar parte del PCAP de acuerdo con lo previsto en el art.115.2 del TRLCSP y no del de PT, cuyo contenido aparece determinado en los arts.116 y 117 de dicha norma y que debe definir las condiciones de realización de la prestación y las calidades exigibles en cada caso.

En cuanto al motivo de impugnación alegado, según dispone el artículo 46 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la clasificación que los órganos de contratación exijan a los licitadores de un contrato de servicios, será determinada con sujeción a lo dispuesto en el artículo 36, con excepción de su apartado 4, y con la salvedad de que el número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, a que se refiere su apartado 2, párrafo a), no podrá ser superior a dos.

El artículo 36.2 del RGLCAP, aplicable a los contratos de servicios, en virtud de lo establecido por el art.46, antes citado, dispone lo siguiente:

“Cuando en el caso anterior, las obras presenten singularidades no normales o generales a las de su clase y sí, en cambio, asimilables a tipos de obras correspondientes a otros subgrupos diferentes del principal, la exigencia de clasificación se extenderá también a estos subgrupos con las limitaciones siguientes:

a) El número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a cuatro.

b) El importe de la obra parcial que por su singularidad dé lugar a la exigencia de clasificación en el subgrupo correspondiente deberá ser superior al 20 por 100 del precio total del contrato, salvo casos excepcionales. “.

El subgrupo es el primer y único nivel de desagregación de la clasificación en grupos de las empresas de obras y servicios. Hay que tener en cuenta que el subgrupo está definido por referencia a un grupo, es decir no existe de forma aislada por ejemplo el subgrupo 1. Para su adecuada mención ha de señalarse a qué grupo se refiere: subgrupo O1 o subgrupo P1, de manera que el número de subgrupos se ha de contar en función del número de desagregaciones de dos niveles independientemente de si se refieren al mismo o a distinto grupo de la clasificación.

Dichas consideraciones acerca de la no exigibilidad de clasificación en más de dos subgrupos en total para los contratos de servicios, han sido refrendadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que en su Informe 1/08, de 28 de julio, argumenta que *“con carácter general procede indicar que el artículo 36.4 del RGLCAP hace una remisión a la limitación señalada en el art. 36.2.a) de la misma norma en cuanto al número de subgrupos exigibles. Este último artículo establece que “el número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a 4”. No introduce, por tanto, el artículo ninguna mención a que habrán de ser 4 subgrupos dentro de cada uno de los grupos, por lo que debe entenderse que se refiere a 4 subgrupos pertenecientes a cualesquiera de los grupos, por ser esta interpretación la más ajustada a la*

literalidad y espíritu del Reglamento y la más favorable a los derechos de los licitadores.

Todo ello sin perjuicio de la posibilidad que el art. 36.5 del Reglamento ofrece a la Administración de exigir la clasificación a nivel de grupo cuando “por la naturaleza de la obra resulte necesario que el contratista se encuentre clasificado en todos los subgrupos básicos del mismo”.

Por otra parte no se acredita en el expediente circunstancia excepcional que justifique la exigencia de más de dos subgrupos, debiendo determinarse los subgrupos exigibles de acuerdo con las normas del RGLACP. En consecuencia, procede anular la cláusula 2.2 del PPT en cuanto a la exigencia de más de dos subgrupos de clasificación como empresa de servicios y en consecuencia del procedimiento de adjudicación que deberá iniciarse de nuevo.

Sexto.- Como segundo motivo del recurso, alega por la recurrente que la cláusula 6 A del PPT, Criterios evaluables de forma automática, contiene un apartado 2 “Mejoras sobre las prestaciones obligatorias” que incluye tres conceptos de mejoras: ampliación de la frecuencia del servicios de recogida de envases, limpieza en eventos especiales y arreglo de contenedores rotos o quemados, que son valoradas hasta 5 puntos cada una, *“sin especificar los criterios objetivos para otorgamiento de estos puntos, si se basan en criterios económicos (precio), o en número cuantitativo de unidades, y tampoco se especifica si la empresa que más oferte obtendrá los 5 puntos y las restantes licitadoras podrán obtener puntos de mejora de manera proporcional”.*

Reiteramos aquí la consideración general realizada en el fundamento anterior, esta vez sobre los criterios de valoración, los cuales deben formar parte del PCAP (art.150.2 TRLCSP) y no incluirse en el de PT.

Sobre las mejoras el artículo 147.1 del TRLCSP dispone que *“Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad”*. En el apartado 2 añade que la posibilidad de ofrecer mejoras o variantes se indicara en el anuncio de licitación precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

El artículo 24 de la Directiva 2004/18/CE, de 3 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios establece, refiriéndose a requisitos para valorar variantes o mejoras, lo siguiente:

“3. Los poderes adjudicadores que autoricen las variantes mencionarán en el pliego de condiciones los requisitos mínimos que deben cumplir las variantes, así como las modalidades de su presentación.

4. Solo se tomarán en consideración las variantes y mejoras que cumplan los requisitos mínimos exigidos”.

Considera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, en su informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, relativo a la inclusión en los pliegos de criterios de adjudicación consistentes en valoración de mejoras, que son admisibles las que estén previstas con el suficiente grado de identificación en los pliegos (o en su caso en el anuncio de licitación), guarden relación directa con el objeto del contrato y se establezca la forma en que incrementarán la valoración de la oferta que las contenga.

Estos requisitos exigidos por la Ley para la valoración de variantes o mejoras, derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en situación de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar

En este caso, las mejoras están incluidas en el PPT y se refieren al objeto del contrato, pero en estos los tres casos lo hacen de una manera genérica, sin que resulten precisados los parámetros sobre los que se van a calcular el otorgamiento de los puntos previstos, ni los aspectos concretos a considerar para la asignación de dicha puntuación, dejando por tanto un margen de discrecionalidad excesivo al órgano de contratación, por ello los tres conceptos contemplados: ampliación de la frecuencia del servicio de recogida de envases, limpieza en eventos especiales y arreglo de contenedores rotos o quemados, no reúnen los requisitos mencionados para considerarlos admisibles como mejoras. El recurso debe estimarse por este motivo.

Séptimo.- El tercer motivo del recurso se refiere al apartado 6.2 B) Criterios Ponderables en función de juicio de valor y concretamente a dos de los criterios establecidos en el mismo: antigüedad en el servicio de recogida y contratos de iguales características en municipios de alrededor.

A juicio de la recurrente en dicho apartado *“se pretende valorar la antigüedad en el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos con 2 puntos, lo que es absolutamente impugnable puesto que la indefinición con la cual se formula el requisito (Antigüedad en el servicio de recogida) parece indicar que se primará con estos dos puntos a quien haya ejecutado antes el servicio de recogida en este concreto municipio, y no en otros cualesquiera o similares, lo que afecta a la libre competencia al suponer una restricción tan excesiva como injustificada, y dicha ambigüedad no queda solventada por la posterior manifestación que se realiza, en esta misma cláusula sexta, al otorgarse un punto en servicios de iguales características en municipios de alrededor, pues no queda suficientemente definido el ámbito geográfico (ni tampoco las características que se consideran iguales) y que permitirían acceder a este punto de valoración”*.

Por todo ello, considera *“que esta Cláusula Sexta, en los apartados referidos, no se ajusta a Derecho al quebrantar la libre competencia entre licitadores, siendo*

necesaria su anulación mediante la estimación del presente recurso especial”.

En cuanto a la valoración de la antigüedad en la prestación del servicio resulta aplicable lo establecido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, cuyo artículo 45 dice textualmente:

“Prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública.

1. En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

2. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”.

En consecuencia, en cuanto otorgan ventajas a anteriores adjudicatarios del mismo o análogos contratos, celebrados con Administraciones públicas, procede estimar el recurso por este motivo y ambos criterios deben anularse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 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.- Estimar el recurso, interpuesto por don M.G.G., en nombre y representación de TALHER, S.A., contra los Pliego de Cláusulas Administrativas

Particulares y de Prescripciones Técnicas de la licitación del servicio “Recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en el municipio de Valdeolmos-Alalpardo”, expte: 1C-2015, anulando el procedimiento de licitación que deberá tramitarse de acuerdo con las normas que regulan los contratos sometidos a regulación armonizada y modificar los Pliegos en el sentido expuesto en los fundamentos de la presente resolución.

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.