

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

En Madrid, a 31 de enero de 2018.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por doña M.C.G., en nombre y representación de Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A. (CESPA) y don A.A.A., en nombre y representación de Acciona Servicios Urbanos, S.A. (Acciona) contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, de fecha 30 de noviembre de 2018, por el que se desiste del procedimiento de licitación del contrato “Servicio de limpieza viaria y recogida y transporte a planta, de residuos sólidos urbanos en el municipio de Colmenar Viejo”, número de expediente 1658/16, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 20 y 24 de abril de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOCM y el 6 de mayo de 2017 en el BOE y el Perfil de Contratante del Ayuntamiento, la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato de servicios mencionado. El presupuesto de licitación es de 22.502.238 euros y la duración es de 4 años.

Segundo.- Al procedimiento concurren cinco empresas incluida la recurrente.

Tras los trámites oportunos, el Pleno del Ayuntamiento de Colmenar Viejo mediante Acuerdo de 27 de julio de 2017, rechazó la oferta de Acciona, incurso presunción de temeridad, que tras la aportación de documentación, la Mesa no justificada y adjudicó el contrato a Urbaser, S.A. Cespa quedó clasificada en segundo lugar.

La representación de Acciona presentó ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo del Pleno de 17 de julio de 2017, en cuanto al rechazo de su oferta y la representación de Cespa también presentó recurso especial en materia de contratación contra dicho Acuerdo, al considerar que la oferta de la adjudicataria incumplía determinados requisitos del Pliego.

Mediante Resolución 282/2017 de 4 de octubre, el Tribunal estimó el recurso de Acciona, *“anulando la adjudicación recaída y retrotrayendo las actuaciones al momento de clasificación de las ofertas, debiendo ser admitida la oferta de Acciona”*.

Igualmente mediante Resolución 283/2017, de esa misma fecha declaró concluso el recurso de Cespa, al carecer de objeto por haberse anulado la adjudicación.

Tercero.- Notificadas ambas Resoluciones la Mesa de contratación con fecha 11 de octubre de 2017, solicitó informe al Técnico de Medio Ambiente del Ayuntamiento y a la vista del mismo presentó al órgano de contratación una proposición para desistir del procedimiento por las siguientes circunstancias: *“considerando que en el procedimiento se advierte la existencia de una infracción no enmendable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, en tanto que se han facilitado informaciones inexactas a los licitadores en lo que se refiere a la frecuencia del servicio de recogida de R.S.U. Lo que ha podido conculcar el principio de igualdad de trato y ha provocado que, al menos dos de los licitadores, hayan*

elaborado su oferta en un escenario de costes diferente. Adicionalmente, se considera que aceptar una oferta que no responde a las necesidades que pretende satisfacer el contrato, impedirá la consecución del interés público.

Considerando que, con independencia de las informaciones facilitadas a los licitadores, el propio Tribunal, en la resolución del recurso, ha señalado, literalmente, “Aunque la redacción del pliego en estos apartados (frecuencias) adolece de cierta ambigüedad que podría llevar a errores en la interpretación de los mismos, una interpretación lógica nos lleva a concluir...respecto de la recogida de residuos, parece desprenderse que el servicio diario es en días laborables, los festivos únicamente cuando hay dos consecutivos...que no exigen 54 domingos para el cálculo de los pluses”. Y concluye afirmando que, “Debe señalarse además que la no previsión de servicio los domingos, si el PPT lo exige, supondría el rechazo de la ofertas por incumplimiento”.

Y, considerando que la satisfacción de la necesidad a que atiende este contrato, por las razones ya expuestas, requiere que el servicio de recogida de RSU funcione diariamente, de lunes a domingo, objetivo que no podría ser alcanzado en las actuales circunstancias”.

Cuarto.- El Pleno del Ayuntamiento, mediante Acuerdo de 30 de noviembre de 2017, acepta la propuesta y desiste del procedimiento.

El Acuerdo se publicó en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento el 15 de diciembre de 2017.

El 4 de enero de 2018, la representación de CESPAA presentó ante el Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación, contra el desistimiento del procedimiento mencionado.

En el recurso solicita la anulación del Acuerdo y la retroacción del procedimiento al momento de valoración de ofertas puesto que considera que las de

Acciona y Urbaser no cumplen el PPT y deben ser excluidas y siendo la suya la única que cumple, debería ser la adjudicataria.

En esa misma fecha la representación de Acciona presentó ante el Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, contra el mencionado Acuerdo de desistimiento, argumentando que el Ayuntamiento ha infringido su deber de dar cumplimiento a la Resolución 282/2017 y que no se dan los requisitos, exigidos especialmente que no existe causa para el desistimiento.

Quinto.- El 16 de enero de 2018, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y los respectivos informes a los que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en los que solicita la desestimación del recurso por las razones que se analizarán al resolver sobre el fondo.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos a los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Ha presentado alegaciones Acciona y Urbaser, S.A., respecto al recurso de Cespa, en las que solicita Acciona la inadmisión del recurso por falta de legitimación activa ya que no le reportaría beneficio alguno su estimación y Urbaser igualmente alega falta de legitimación puesto que la recurrente únicamente alega presuntos incumplimientos de ambas empresas, Acciona y Urbaser, y en este momento del procedimiento no sería un acto susceptible de recurso. Subsidiariamente solicita la desestimación puesto que no procede su exclusión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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 recurso.

Segundo.- El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de ambos recursos.

Tercero.- Las recurrentes se encuentran legitimadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP que establece que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, puesto que el desistimiento supone que no se continúa el procedimiento en el que son licitadoras y sin embargo, de prosperar el recurso sí podrán ser adjudicatarias del contrato.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Cuarto.- Los recursos especiales en materia de contratación se plantearon en tiempo, pues el Acuerdo de desistimiento se adoptó el 30 de noviembre de 2017, publicándose en el Perfil el 15 de diciembre e interponiéndose los recursos el 4 de enero, ambos dentro del plazo de quince días hábiles, establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- El recurso se interpuso contra el desistimiento de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El contrato es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

El acto recurrido es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2.c) del mismo artículo, en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación. En todo caso la posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (vid. STJCE de 2 de junio de 2005, C-15/04 o la de 18 de junio de 2002, C-92/2000).

Así lo argumentó este Tribunal en las Resoluciones 117/2015 de 29 de julio y 1/2016 de 13 de enero, entre otras.

Sexto.- En cuanto al fondo del asunto, procede analizar en primer lugar las argumentaciones del recurso de Cespa que alega lo siguiente:

“el Ayuntamiento acuerda desistir del procedimiento como consecuencia de una infracción de las normas procedimentales que se puede sintetizar en los siguientes aspectos:

1. Se han facilitado informaciones inexactas a los Licitadores (ACCIONA SERVICIOS URBANOS y FCC) en lo que se refiere a la frecuencia del servicio de recogida de R.S.U.

2. Aceptar una oferta que no responde a las necesidades que pretende satisfacer el contrato impedirá la consecución del interés público... que requiere que el servicio de recogida de RSU funcione diariamente, de lunes a domingo, objetivo que no podría ser alcanzado en las actuales circunstancias.

3. El Tribunal, en la resolución del recurso anterior en esta licitación, concluye afirmando que “Debe señalarse además que la no previsión de servicio los domingos, si el PPT lo exige, supondría el rechazo de las ofertas por incumplimiento...”

El Ayuntamiento, a la vista de la conclusión a la que llega el Tribunal al que ahora nos dirigimos, es consciente de que la oferta de ACCIONA incumple los pliegos. Pero en lugar de adjudicar el Contrato a la oferta que en cumplimiento de las exigencias de los pliegos satisfaga sus necesidades, decide ir a la solución más drástica posible: el desistimiento. Y la razón para ello no es otra que la de asumir que no hay ofertas que cumplan el interés público que se persigue, la recogida diaria de lunes a domingo. Frecuencia exigida por el pliego, que así fue acatada por mi representada a la que sin embargo se la sanciona con el desistimiento del procedimiento, en lugar de la adjudicación del Contrato a su favor; que es lo que procede si tenemos en cuenta que su oferta es la tercera mejor clasificada y única de las tres primeras que cumple con las exigencias del pliego. Pues tanto la primera clasificada (ACCIONA) como la segunda (URBASER) incumplen sus exigencias”.

El órgano de contratación en su informe al recurso expone la tramitación y las incidencias que se han producido en el procedimiento y concluye que *“una vez advertida la infracción de normas procedimentales, que ha dado lugar a la presentación de ofertas desiguales por parte de los licitadores, ya que han tenido en cuenta unas frecuencias diferentes de recogida se acuerda por el órgano de contratación desistir del presente procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155, 2º del TRLCSP. En este sentido el propio Tribunal Administrativo de la Contratación Administrativa, corroboró dicha situación en la resolución del recurso en los siguientes términos “La redacción del pliego en estos apartados (frecuencias) adolece de cierta ambigüedad que podría llevar a errores en la interpretación de los mismos (...)”*”.

Conviene recordar previamente que el apartado 1.3.1.16 del PPT establece los siguientes: *“Horarios del servicio de limpieza”*:

“Se llevará a cabo la limpieza todos los días del año de lunes a sábado, incluso la totalidad del casco antiguo los días festivos no consecutivos (...) En caso de dos o más días de fiesta seguidos, no se dejará de prestar servicio, en ningún caso, durante más de un día. El horario estos días será únicamente el de mañana.

Los sábados y los domingos por la tarde se atenderán en todo caso las posibles emergencias de las que se reciba aviso”.

En cuanto a la recogida de residuos, el apartado 1.3.2.4 dispone:

“La recogida será diaria, excepto para el caso del papel y cartón, que será de tres veces por semana, en todo el ámbito del contrato. Para el caso de los días no laborables, no se recogerá dos días festivos seguidos, solamente uno de ellos. No habrá servicio en Navidad ni en Año Nuevo”.

El artículo 155.4 del TRLCSP regula el supuesto de desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración en los siguientes términos: *“El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación”.*

El artículo 22. g) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público enumera entre otras funciones atribuidas a la Mesa de contratación en los procedimientos abiertos de licitación *“De igual modo, si durante su intervención apreciase que se ha cometido alguna infracción de las normas de preparación o reguladoras del procedimiento de adjudicación del contrato, podrá exponerlo justificadamente al órgano de contratación, proponiéndole que se declare el desistimiento”.*

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010 señala, en relación al desistimiento del contrato, que *“El desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así*

lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público”.

Así, la decisión de desistimiento de un contrato debe ser, en primer lugar, motivada lo que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción.

Igualmente cabe recordar que el desistimiento es una figura diferente de la declaración de desierto de la licitación, que implica que no existen ofertas admisibles (artículo 151.3 TRLCSP) y por lo tanto no puede llevarse a cabo la adjudicación.

En este caso, el Ayuntamiento entiende que se ha producido una infracción insubsanable del procedimiento y que por eso procede el desistimiento, con independencia de que las ofertas de algunas empresas cumplan las necesidades que el PPT pretendía satisfacer, en concreto, en cuanto a las frecuencias de limpieza. El hecho determinante que argumenta es la oscuridad del Pliego que ha permitido que las licitadoras presenten ofertas no comparables, puesto que atienden a parámetros distintos en cuanto a esas frecuencias de limpieza, cuestión insubsanable, por lo que procede el desistimiento.

Cespa en su recurso únicamente argumenta contra la admisión de sus dos competidoras, clasificadas en primer y segundo lugar pero obvia la infracción del procedimiento alegada por el Ayuntamiento, pretendiendo que se adjudique a su empresa el contrato, puesto que según afirma ha interpretado el PPT correctamente,

en el mismo sentido que el órgano de contratación pretendía que se hiciese.

A la vista de las circunstancias concurrentes, no puede aceptarse su pretensión en ningún caso, ya que al haber detectado el Ayuntamiento, si bien de forma tardía tras la Resolución de este Tribunal, que la interpretación del PPT que señala el Tribunal, le lleva a no poder exigir la limpieza todos los domingos, que es la necesidad que se pretende satisfacer, y además haber informado a algunas empresas en sentido contrario, ya no puede haber igualdad entre las proposiciones presentadas y no podría llevarse a cabo una adjudicación válida.

Ello supone la desestimación del recurso.

Séptimo.- En cuanto al recurso de Acciona, alega lo siguientes motivos de impugnación:

1. El Acuerdo se dicta con la finalidad de eludir el cumplimiento de la Resolución 282/2017, infringe el artículo 49 del TRLCSP en relación con el principio de eficacia del recurso especial.

2. Además infringe el artículo 155 del TRLCSP, no concurren los requisitos que conforman el presupuesto habilitante de la facultad de desistir del procedimiento de adjudicación del contrato, ni desde el punto de vista formal ni desde el punto de vista sustantivo.

Argumentando que “en primer lugar, no se indica con la mínima precisión exigible cuál es la infracción no subsanable cometida, o, dicho de otro modo, qué concreta norma aplicable a la preparación o al procedimiento de adjudicación del Contrato se ha vulnerado en este caso. En vez de ello se construye un relato confuso y falaz sobre la supuesta modificación singular por error del PPT respecto de ACCIONA, y sus negativas consecuencias sobre el procedimiento de adjudicación, pero incumpliendo el que entendemos que ha de ser el primer deber

de todo acto de desistimiento: identificar exactamente cuál es la infracción que se imputa al procedimiento de adjudicación del contrato. En segundo lugar, no es cierto en absoluto que el PPT diga con claridad que el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos se deberá prestar todos los días de la semana, y que por un error cometido en la fase de aclaraciones a los pliegos se haya permitido sólo a ACCIONA formular una oferta en la que se contempla una frecuencia inferior”.

Como afirmó este Tribunal en su Resolución 1/2016, de 13 de enero, “*el desistimiento no es una prerrogativa de la Administración pues el artículo 210 (actual 155 TRLCSP) solo recoge las de interpretación, modificación y resolución de los contratos, se trata de una potestad reglada y ha de estar basado en razones objetivas. A diferencia de la renuncia, en el desistimiento no se produce una desaparición sobrevenida de la necesidad de contratar, sino tan sólo la necesidad de reiniciar el procedimiento. El desistimiento es una forma de finalización unilateral del procedimiento, previo a la adjudicación que solo cabe cuando se da el supuesto fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación y es diferente al desistimiento como causa de resolución contractual. Eso impone que el ejercicio de esa potestad administrativa se conecte con la consecución de un interés público, es decir, no es una opción de libre utilización por parte de la Administración sino una solución que únicamente procede cuando supone una infracción de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación”.*

Los requisitos para acordar conforme a derecho el desistimiento son:

- 1- En cuanto al momento procedimental, que se produzca antes de la adjudicación, a propuesta de la mesa de contratación.
- 2- Deberá estar fundado en una infracción no subsanable:
 - de las normas de preparación del contrato, o
 - de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.
- 3- Justificación en el expediente de la concurrencia de la causa.

4- Notificación a los licitadores.

En el expediente remitido consta que se han cumplido algunos de los requisitos mencionados, como la circunstancia de que el desistimiento sea anterior a la adjudicación del contrato y su notificación motivada a los interesados. La Resolución 282/2017 de 4 de octubre antes citada, anuló la adjudicación recaída en el procedimiento a todos los efectos, por lo que en estos momentos no se ha producido la adjudicación y se cumple en consecuencia el requisito temporal. En cuanto a la notificación, consta que se ha producido la publicación en el Perfil y que las recurrentes se han dado por notificadas por lo que debemos entender que este requisito también ha sido cumplido.

Resta únicamente el análisis del cumplimiento del requisito de la existencia de una causa que lo fundamente, por infracción insubsanable bien de las normas de preparación del contrato, o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación y de la exigencia de justificación en el expediente.

En el Acuerdo de desistimiento se ha incluido el texto de la propuesta en la que constan las dos circunstancias que han llevado al órgano de contratación a advertir la infracción del procedimiento motivadora del mismo.

En primer lugar, las respuestas contradictorias realizadas en el plazo de presentación de proposiciones sobre las frecuencias de limpieza exigidas en el PPT y en segundo lugar, la citada Resolución de este Tribunal que reconociendo la oscuridad del PPT, hace una interpretación que considera lógica a la vista de la redacción del mismo pero que no es la que se ha proporcionado a todas las licitadoras.

Es cierto, como indica la recurrente, que las ofertas de Acciona y Urbaser fueron admitidas y que ambas ofertas incumplían el requisito de frecuencias que el órgano de contratación pretendía exigir. Por lo tanto, tales incumplimientos no fueron

apreciados por los técnicos ni por la Mesa. Sin embargo, también es cierto que existen evidencias de informaciones contradictorias a otros licitadores, que han presentado sus proposiciones con parámetros distintos que las hacen imposibles de comparar.

El órgano de contratación alega que ha actuado al tener conocimiento de la infracción y debemos admitir que ha sido así, no constando evidencia que demuestre que se haya pretendido incumplir la Resolución del Tribunal o excluir indebidamente a algún licitador.

La continuación del procedimiento en este momento conllevaría probablemente la interposición de un nuevo recurso contra la adjudicación y la anulación del procedimiento por oscuridad en el PPT. Por el contrario el desistimiento y posterior convocatoria de una nueva licitación, permitirá a todas las empresas presentarse de nuevo con unos Pliegos correctamente redactados.

En consecuencia, consideramos que se han cumplido los requisitos del artículo 155.4 del TRLCSP y procede desestimar los recursos.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.- Acumular la tramitación de los recursos especiales interpuestos por doña M.C.G., en nombre y representación de CESPAS, Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A., y don A.A.A., en nombre y representación de Acciona

Servicios Urbanos, S.A. (Acciona) contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, de fecha 30 de noviembre de 2018, por el que se desiste del procedimiento de licitación del contrato “Servicio de limpieza viaria y recogida y transporte a planta, de residuos sólidos urbanos en el municipio de Colmenar Viejo”, número de expediente 1658/16.

Segundo.- Desestimar ambos recursos especiales en materia de contratación.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.