

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

En Madrid, a 28 de diciembre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.C.G., actuando en nombre y representación de la mercantil CESPAS, Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de recogida y transporte de RSU y otros asimilables, así como limpieza viaria”, tramitado por el Ayuntamiento de Robledo de Chavela, número de expediente: 55/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Ayuntamiento de Robledo de Chavela convocó procedimiento para la adjudicación del contrato de servicios mencionado, siendo su tramitación ordinaria y el procedimiento de adjudicación abierto y con pluralidad de criterios. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM de fecha 1 de junio de 2016 y en el perfil de contratante el 19 de mayo de 2016. El valor estimado asciende a 1.745.545,54 euros siendo el plazo de ejecución cuatro años, prorrogable por otros dos.

Segundo.- Al procedimiento han concurrido seis empresas, una de ellas la recurrente.

El 14 de octubre de 2016, mediante Resolución de la Alcaldía se acordó adjudicar el contrato a Fomento Valenciana de Medio Ambiente, S.A. (FOVASA) así como notificar a los licitadores que no habían resultado adjudicatarios, citando a la empresa para la firma del contrato el 26 de octubre.

Ante la solicitud de acceso al expediente de una de las empresas licitadores, mediante Resolución de la Alcaldía de 9 de noviembre, se resolvió modificar la fecha de firma del contrato al 5 de diciembre de 2016 y notificar dicha resolución a las empresas licitadoras, lo cual se ha efectuado el 14 de noviembre de 2016.

Tercero.- El 5 de diciembre de 2016, previo anuncio al órgano de contratación en la misma fecha, ha tenido entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del referido contrato por incumplir lo establecido en el apartado B.2.2 del PPT según aduce en relación a los horarios y frecuencia del servicio de recogida, tanto de la oferta de la adjudicataria como de la siguiente en puntuación, por lo cual debieron ser excluidas de la licitación. Además solicita la nulidad de la licitación por incumplirse la exigencia de publicidad comunitaria al ser un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

Mediante escrito que ha tenido entrada en este Tribunal el 2 de diciembre de 2016, la licitadora que obtuvo la segunda mayor puntuación, Recolte, S.A.U., interpuso recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del referido contrato, solicitando también la nulidad de dicho acto así como la de la licitación por los mismo hechos y fundamentos.

Cuarto.- El 12 de diciembre de 2016 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, alegando que debe desestimarse el recurso porque no habiendo impugnado la nulidad de la convocatoria en su día no cabe solicitarlo ahora, después de aceptar el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación. Añade que la adjudicación es correcta y se fundamenta en el informe de valoración técnica en el

que se recoge pormenorizadamente las puntuaciones otorgadas a cada una de las empresas licitadoras en base al pliego de prescripciones técnicas aprobado por el órgano de contratación. Finalmente afirma que *“no existe incumplimiento alguno del pliego de condiciones en las ofertas presentadas por las empresas licitadoras, es claro y palpable si se ha estudiado el término de Robledo de Chavela que es imposible recoger todo el Municipio todos los días por eso en el pliego se establecen horarios y frecuencia del servicio y nunca se expresa todos los contenedores todos los días ya que se sabe que no es posible con arreglo al precio del contrato, estableciendo unos mínimos para que cada Empresa presentase la descripción y organización del servicio”*.

Quinto.- Con fecha 14 de diciembre del 2016, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso 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, que han sido presentadas por Recolte, S.A.U., que serán analizadas en el presente recurso.

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 presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa CESP A para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, por ser la clasificada en tercer lugar y recurrir por incumplimiento

del Pliego Técnico de las ofertas de la clasificadas en primer y segundo lugar.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) en relación al 16.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues aunque la Resolución impugnada fue adoptada el 14 de octubre de 2016, la notificación a la recurrente fue realizada el 14 de noviembre, interponiéndose el recurso el 5 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, procede determinar con carácter previo si procede la nulidad de la licitación por haberse prescindido totalmente del procedimiento establecido al haberse adjudicado el contrato sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el “Diario Oficial de la Unión Europea”.

Sostiene la recurrente sin que se oponga el órgano de contratación y constata este Tribunal que se trata de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada de conformidad con los dispuesto en el artículo 16 del TRLCSP y en el 4 de la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 142 TRLCSP: *“Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el “Diario Oficial de la Unión Europea”, sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el “Boletín Oficial del Estado”*”, lo cual es acorde con las obligaciones de publicidad y transparencia recogidas en los artículos 48 y 49 de la Directiva 2014/24/UE por lo que solicita la nulidad de la licitación, apoyando su

estimación en la Resolución 703/2015 de 24 de julio del Tribunal Central de Recursos Contractuales.

En su informe el órgano de contratación y en las alegaciones el adjudicatario, se oponen a la nulidad de la convocatoria y en ambos casos lo motivan en el hecho de haber aceptado el recurrente las condiciones y la validez de la convocatoria al haber concurrido a la misma pudiendo haberla impugnado en su momento, no resultando procedente hacerlo ahora a la vista del resultado de la adjudicación.

Considera este Tribunal que aun consistiendo la omisión de trámite de publicación en el DOUE un supuesto especial de nulidad conforme al art 37.1.a) del TRLCSP, habiéndose publicado la convocatoria en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 1 de junio de 2016, en la que se indica el importe del valor estimado del contrato (1.745.454,54 euros) y siendo este superior al umbral previsto en el artículo 16 del TRLCSP, la recurrente podía haber impugnado entonces el anuncio, los pliegos y demás documentación que rige esta licitación, no resultando procedente que a pesar de conocer el contenido de los pliegos y pasar por ello, presentando su oferta, pretenda la nulidad de toda la licitación a través de la interposición del recurso especial contra la adjudicación cuando no resulta adjudicataria, careciendo por tanto de legitimación para ello. Criterio que ha manifestado este Tribunal en la Resolución 78/2016, de 4 de mayo, y que se apoya en la Resolución 113/2012 del Tribunal Central de Recursos Contractuales en la que afirma *“Sin embargo, el objeto último del tratamiento que la Ley da a este defecto del procedimiento en sus artículos 31 a 39, es permitir a los posibles licitadores pedir la nulidad del contrato por haberse visto impedidos de acudir a la licitación al haber sido adjudicado sin publicar el citado anuncio. Pues bien, esta posibilidad no desaparece por el hecho de que se dicte resolución en el presente recurso cualquiera que sea el sentido de la misma. Por el contrario los interesados que se vieron privados de la posibilidad de competir por no haberse publicado la licitación siguen teniendo abierta la vía de la declaración de nulidad en los términos que prevé la Ley”*.

Como afirmaba entonces este Tribunal *“Cabe añadir además que el ejercicio de cualquier acción de nulidad tiene límites previstos en el artículo 106 de la LRJ-PAC (actual 110 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-LPACAP) que a la sazón establece que “Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”. En este caso como se ha indicado, resulta indubitado que la recurrente estaba en disposición de impugnar la convocatoria por falta de publicación y no lo hizo, siendo contrario al más elemental principio de buena fe, el intento de trasladar la cuestión a este momento procedimental a la vista del resultado de la licitación”*. Existiendo la posibilidad de instar la revisión de oficio conforme establece el artículo 106 de la LPACAP.

Sexto.- Procede por tanto analizar si la adjudicación resulta conforme a derecho o si por el contrario se ha realizado erróneamente la valoración de las proposiciones de la adjudicataria (FOVASA) y de la segunda en el orden de clasificación (RECOLTE) que debieron ser excluidas por incumplir el PPT.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Sentado lo anterior conviene advertir que el PPT establece la definición y condiciones mínimas que se deberán cumplir -horarios y frecuencia- para la prestación de los servicios incluidos en el objeto del contrato, así como las relativas al equipo humano, la maquinaria, la organización de los servicios, la campaña informativa y el contenido de la oferta técnica. En concreto el apartado B.2.2 dispone, en relación con los horarios y frecuencia del servicio, que *“La prestación del servicio se efectuará en horario de mañana, preferentemente. Las frecuencias de recogida serán las siguientes:*

Temporada baja (de septiembre a junio): días laborables (de lunes a sábados). No obstante, si coincidieran seguidos dos o más días festivos, se prestará el servicio en uno de ellos, de tal forma que el intervalo sin servicio de recogida nunca supere los dos días.

Temporada alta (julio y agosto): diariamente de lunes a domingo.

En todo caso, no se realizará recogida los días 1 de Enero y 25 de Diciembre”.

Teniendo las condiciones estipuladas en el PPT el carácter de condición de mínimos, de conformidad con el apartado B.1 del PPT de “consideraciones generales” en el que se indica *“Corresponde a las Empresas Licitadoras proponer, para cada uno de los servicios definidos a continuación, los sistemas más eficaces para su prestación, teniendo en cuenta la incorporación de nuevas tecnologías en sus etapas de:*

- Recogida de los residuos en la forma señalada.*
- Transporte a la instalación adecuada para su tratamiento.*

A tal efecto, el Licitador elaborará el documento PROYECTO DE GESTIÓN DEL SERVICIO (en adelante el Proyecto), en el cual definirá con detalle la organización propuesta por su parte para cada uno de los servicios, de forma que se cumpla con el objetivo fundamental de recogida de residuos en condiciones adecuadas y con las frecuencias mínimas establecidas.

Por tanto, el Licitador explicitará en el Proyecto los planes de recogida para la consecución de los objetivos mencionados, definiendo para cada uno de los servicios que más adelante se describen.

Se valorará especialmente que los servicios propuestos se adapten a las necesidades reales del municipio, por lo que será el Licitador el responsable de realizar las tareas de campo necesarias para llegar al conocimiento exhaustivo de la realidad del municipio”.

Respecto a la oferta de la adjudicataria se alega en el recurso que el incumplimiento consiste en no realizar la recogida diaria en temporada baja, a la vista de que en el informe técnico de valoración para la adjudicación del servicio consta que *“La empresa -FOVASA- en lo referente a la Prestación de Servicio, presenta una propuesta de contenerización sobre las 527 unidades existentes en la actualidad, repartidas en 345 fracción todo uno (f.t.u.) y 182 envases ligeros (e.l.), definiendo dos rutas para los primeros (A y B). Ambas rutas comparten una fracción de contenedores (192 uds.) (...) que son recogidos con frecuencia diaria, completándose en cada uno de los casos con otros sectores, la urbanización Río Cofia (92 uds.) en el caso de la ruta A, y otras 55 uds. repartidas en varias zonas incluidos los núcleos diseminados en el caso de la ruta B”, de donde concluye que no todos los contenedores son vaciados diariamente sino que un día se realiza la ruta A y se recogen 192 uds.+92 uds. de contenedores y al día siguiente se realiza la ruta B y se recogen 192 uds.+55 uds. de contenedores.*

El órgano de contratación en su informe, como ya se ha expuesto, afirma que en el pliego se establecen horarios y frecuencia del servicio y nunca se expresa todos los contenedores todos los días, y afirma que es claro y palpable que eso resulta imposible si se ha estudiado este término municipal.

Por su parte FOVASA se limita a manifestar las valoraciones de las ofertas presentadas se ha realizado de manera ajustadas a las condiciones exigidas en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, teniendo por finalidad la

recurrente que se excluyan las demás ofertas para de esa forma ser su única la única a valorar.

A la vista de lo anteriormente expuesto, se constata que el PPT solo exige que la recogida se realice “diariamente” de manera expresa en temporada alta y permite que durante la temporada baja la recogida se realice en días laborables (de lunes a sábado) en horario de mañana, preferentemente, sin especificar frecuencia diaria sino que esta deberá proponerla cada licitador en su proyecto teniendo en cuenta las características del municipio, las nuevas tecnologías y los objetivos del servicio. Proyecto que será en todo caso será valorable de acuerdo con los criterios subjetivos en el PCAP en su cláusula novena, a saber:

2. Mejoras al servicio (15 puntos).
3. Proyecto de prestación del servicio (25 puntos)
 - a. Organización del servicio (10 puntos).
 - b. Idoneidad medios humanos (5 puntos).
 - c. Idoneidad medios materiales (5 puntos).
 - d. Sistemas de control del servicio (5 puntos).
4. Experiencia del servicio acreditada en Municipios similares a Robledo de Chavela (10 puntos).

Por tanto la oferta de la adjudicataria cumple lo requerido en el apartado B.2.2 del PPT y debe desestimarse el recurso por este motivo.

En consecuencia, procediendo la desestimación del recurso contra la valoración de la oferta adjudicataria, no procede el análisis de los alegados incumplimientos de Recolte, clasificada en segundo lugar, pues ningún beneficio podría obtener la recurrente aún de estimarse los mismos, dado que la adjudicación se mantendrá en los términos en que se ha dictado (sin perjuicio de la anulación del procedimiento que se acuerda en la Resolución del recurso 276/2016 presentado contra la misma por Recolte que analiza cuestiones distintas a las del presente recurso) y por tanto carece de legitimación.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.C.G., actuando en nombre y representación de la mercantil CESPAS, Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de recogida y transporte de RSU y otros asimilables, así como limpieza viaria”, tramitado por el Ayuntamiento de Robledo de Chavela, número de expediente: 55/2016.

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.