

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

En Madrid, a 3 de octubre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña L.I.M.T., en nombre y representación de Rototank, S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Suministro mediante renting de contenedores para la recogida de los residuos sólidos urbanos”, número de expediente: 6731/2018, tramitado por el Ayuntamiento de Colmenar Viejo, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 16 de julio de 2018 se publicó el anuncio de licitación, en la Plataforma de Contratación del Sector Público del Suministro de Contenedores para la recogida de los residuos sólidos urbanos en Colmenar Viejo número de Expediente: 6731/2018, por valor estimado de 840.244 euros, (sin impuestos), mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria.

Segundo.- Debe destacarse como antecedente del presente recurso que con fecha 3 de marzo de 2018 se publicó el anuncio de licitación, en el DOUE, para el suministro mencionado por valor estimado de 840.244 euros, mediante procedimiento abierto,

tramitación ordinaria y único criterio de adjudicación el precio. Asimismo se publicó con fecha 9 de marzo en el BOCM y el 22 de marzo en el BOE.

Habiéndose interpuesto sendos recursos contra los pliegos del mencionado contrato con fecha 22 de marzo de 2018, por la ahora recurrente y otra empresa más, los mismos fueron estimados de forma acumulada mediante Resolución de este Tribunal 111/2018, de 18 de abril. En dichos recursos se solicitaba la nulidad de los pliegos ya que al haberse publicado la convocatoria con posterioridad a la entrada en vigor de la actual Ley de Contratos del Sector Público, que establece nuevos requisitos e importantes novedades regulatorias, los pliegos objeto de impugnación no cumplirían con dicha normativa. Así mismo se aducía que el PPT no respetaba el principio de libre concurrencia en la descripción del “Cinturón de refuerzo estructural a base de franja perimetral de doble pared”. Así mismo se indicaba que el PPT reproducía el folleto de características de un determinado producto, concretamente los contenedores denominados Modelo Clip Bin, Modelo Small Bin y Modelo Big Bin de FORMATO VERDE, S.L., aduciendo incluso que antes de publicarse la licitación, “se publicó en la web del ayuntamiento la fotografía de los contenedores que se iban a adquirir haciendo todo un detalle de explicación”.

Tercero.- Con fecha 3 de agosto de 2018 se interpuso recurso especial en materia de contratación nuevamente por Rototank, contra los pliegos por los que ha de regirse la licitación. En concreto se aduce que los mismos no tienen el contenido mínimo exigido en el artículo 135 , en relación al anexo III de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. Asimismo se aduce que existen contradicciones entre ambos pliegos en cuanto a los criterios de adjudicación, y en relación con el plazo de presentación de ofertas. Por último considera restrictiva de la libre concurrencia la exigencia de acreditación como objeto social de la actividad de arrendamiento financiero.

Consta en el expediente remitido que con fecha 1 de agosto de 2018, la recurrente, presenta escrito solicitando aclaración de diversas cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), de cuyo contenido se dará cuenta al

analizar el fondo del recurso, y cuya respuesta se publica en el Perfil del contratante del Ayuntamiento.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se requirió al órgano de contratación para que remitiera copia del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), recibidos el Tribunal el 23 de agosto de 2018. En el informe se solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, los pliegos, fueron anulados y publicados en una segunda ocasión con fecha 16 de julio de 2018, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Rototank para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una persona jurídica potencial licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”*.

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 el anuncio de convocatoria y los pliegos de un contrato de suministro, de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.c) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se plantea en tiempo, pues el anuncio de licitación fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 16 de julio de 2018, siendo interpuesto el recurso el 3 de agosto, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el de conformidad con el artículo 50.1 a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto son varios los motivos que esgrime la recurrente en apoyo de su pretensión de nulidad o subsidiariamente anulabilidad de los pliegos y del anuncio de convocatoria.

Se aduce en primer lugar que el anuncio adolece de una serie de defectos que la recurrente considera que implican haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y que por tanto determinan la nulidad de pleno derecho de la convocatoria. En concreto:

1. No contiene código NUTS del lugar principal de entrega, como exige el artículo 135 en relación con el Anexo III de la LCSP. El órgano de contratación no se pronuncia sobre esta cuestión.

La exigencia de publicidad de la contratación del sector público se regula en el artículo 135 de la LCSP cuyo apartado 4 remite, por lo que al contenido del anuncio de licitación se refiere, al Anexo III de la misma. Dicho anexo en su apartado A) al establecer en la sección cuarta la información que debe figurar en los anuncios de licitación, contempla entre los aspectos de identificación de las entidades convocantes, el nombre número de identificación, dirección, incluido código NUTS (...) el código indicado ofrece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas, y consiste, según el Reglamento (CE) nº 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la asignación de una signatura a cada Estado, en niveles

(en el caso de España, estatal, autonómico y provincial).

Sin perjuicio de la legitimación que sobre esta cuestión pudiera tener la recurrente, en el anuncio de licitación publicado en el Perfil de contratante del Ayuntamiento, que obra al folio 67 del expediente remitido, entre los datos correspondientes a la entidad adjudicataria se consigna el dato ES300 que corresponde al código NUTS de la Comunidad de Madrid, mismo código que figura en el anuncio de licitación en el DOUE (página 71).

Por lo tanto debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo al no responder a la realidad fáctica del expediente.

2. No describe la naturaleza del suministro, el objeto del contrato no contiene el RENTING.

3. No contiene en las condiciones de participación, la restricción a personas jurídicas con objeto social “*arrendamiento financiero*”, y con CNAE-2009 6491 “*arrendamiento financiero*”, con certificado de inscripción donde conste el nº de registro de la empresa en el Registro Especial de Empresas de Arrendamiento Financiero, ni la normativa que le pudiere atribuir reserva al sector concreto determinado.

Estas dos cuestiones deben tratarse de forma conjunta por su conexión.

Señala el órgano de contratación en su informe que la información publicada en el anuncio es comprensiva de las principales características del contrato a celebrar. En la solvencia, tanto técnica como económica, quedan explicitadas las exigencias que deben constar al tratarse de un arrendamiento financiero.

Consta en el anuncio de licitación publicado en el DOUE que el objeto del contrato es el suministro de contenedores para la recogida de residuos sólidos urbanos, del mismo modo en el anuncio publicado en el Perfil de contratante consta

como objeto del contrato suministro, subtipo alquiler.

Dicha información a juicio de este Tribunal, unida a las exigencias de solvencia, que constan en los anuncios es suficiente para que un licitador responsable comprenda perfectamente el alcance de las prestaciones objeto del contrato y pueda realizar una oferta cabal. Es más, en ambos anuncios se indica en relación con las condiciones de licitación “ (...) *será preciso acreditar al menos la realización de un suministro mediante renting (...)*”.

Este Tribunal no ha dejado de señalar la importancia de establecer una adecuada definición del objeto del contrato con la finalidad de que los licitadores puedan realizar una oferta adecuada que se traduzca en una ejecución del contrato que logre satisfacer las necesidades del ente convocante. No se trata de enmarcar su definición como un mero formalismo, sino de lograr los fines descritos. En este caso la recurrente plantea que la determinación de la solvencia de los participantes debería indicar específicamente que solo pueden participar empresas de arrendamiento financiero con CNAE-2009 6491.

En primer lugar cabe destacar que en el Anexo III de la LCSP no consta específicamente que deban publicarse los datos que demanda la recurrente, a lo que cabe añadir que en su caso la falta de publicación del dato que pretende no le ha ocasionado perjuicio alguno puesto que tiene muy claro, - de hecho el núcleo del recurso se centra en esta cuestión-, la restricción de participación en función del tipo de contrato a celebrar, el renting, por lo que más allá de la defensa de la legalidad, que amén de no entenderse conculcada, no es legitimadora de cara al recurso especial, la recurrente no ostente interés alguno por lo tanto carecería de legitimación activa respecto de esta cuestión.

Pero es que además este Tribunal entiende que las exigencias de concreción del objeto del contrato se encuentran satisfechas con la mención al renting en los anuncios y las exigencias de solvencia contenidas en los pliegos, por lo que no cabe estimar el recurso en relación con este motivo.

4. Criterios contradictorios que se utilizan para adjudicar el contrato, entre el anuncio de licitación y con el PCAP, dado que, en el primero se establece como criterio de adjudicación, la oferta económica más ventajosa, subtipo criterio Precio, Ponderación 25, cuando en la cláusula decimoséptima del PCAP, el único criterio que se establece es la oferta económica más ventajosa, que será la que incorpore el precio más bajo, sin que se describa o indique nada de fórmulas o ponderación.

El órgano de contratación reconoce el error padecido que imputa al anuncio y considera como un simple error material o de hecho, por lo que aplicando lo establecido en el artículo 75 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) ha publicado una corrección de error en el Perfil de Contratante con arreglo a lo previsto en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Como ya señalara este Tribunal entre otras en su Resolución 31/2017 de 1 de febrero, existe la posibilidad de modificar los Pliegos si en algún momento del procedimiento se advierte que existe un error en los mismos. Ahora bien, hay que tener en cuenta que no todo error puede reconducirse a la aplicación del artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En todo caso han de tratarse de errores materiales, de hecho o aritméticos y de ahí que se incluya en la Ley la expresión rectificar y no modificar y ni siquiera corregir.

Este Tribunal se ha pronunciado también en varias ocasiones en relación con el concepto de error de hecho, indicando, que el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible, implicando por sí solo la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos y exteriorizándose prima facie por su propia contemplación.

En el caso que ahora nos ocupa existe una contradicción o incongruencia entre

dos documentos, que *per se* no permite atribuir una preponderancia a uno sobre el otro, como pretende el órgano de contratación, por lo que si bien se viene sosteniendo que es en el PCAP donde deben constar los criterios de adjudicación, de esta circunstancia no puede extraerse sin más que se haya producido un error de transcripción de los pliegos en el anuncio, puesto que si bien ciertamente pudiera ser así, no se trata de examinar los aspectos subjetivos del error padecido sino las circunstancias objetivas del mismo, lo que nos lleva a concluir que no es posible determinar si se trata de un simple error o de una modificación sobrevenida de las condiciones de la licitación.

Debe tenerse en cuenta lo establecido por la LCSP, puesto que las modificaciones de los anuncios de las convocatorias deben someterse a la misma publicidad que los originalmente publicados esto es en el Perfil de Contratante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 135 de la LCSP, concediendo nuevo plazo para presentar oferta, de acuerdo con el artículo 75 del RGLCAP, el cual determina que cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de los contratos se hará pública en igual forma que estos, debiendo computarse en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones. Además tratándose de un contrato sujeto a regulación armonizada debería haberse publicado además en el DOUE.

La finalidad de la publicación es garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia y esos principios solo pueden garantizarse si las modificaciones de las convocatorias, incluso las ampliaciones de plazo, son conocidas por todos los potenciales licitadores con anterioridad a la finalización del plazo originalmente establecido en el anuncio publicado.

En este caso no se ha producido la publicación de la modificación en el DOUE puesto que como indica el informe del órgano de contratación, la incongruencia fue considerada un mero error material. En consecuencia, habiéndose llevado a cabo la modificación de forma indebida mediante una rectificación de errores, y no habiéndose publicado debidamente, procede estimar parcialmente el recurso anulando la

resolución publicada y retrotrayendo el procedimiento al momento previo, para dictar nueva resolución de modificación y proceder a su publicación en el boletín correspondiente y el perfil de contratante del Ayuntamiento.

Sexto.- Además de estas cuestiones se aducen como causas de nulidad de pleno derecho haber prescindido del procedimiento establecido ya que el pliego establece que el plazo de presentación de ofertas será de treinta y cinco días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha del envío del anuncio del contrato a la Comisión Europea para su publicación en el DOUE, siendo esta de fecha 13/7/18, y el plazo para presentación de ofertas se fija hasta el 17/08/2018. La recurrente considera que no se respetaría el plazo mínimo fijado en la ley que debe ser computado en días hábiles, y por tanto, se incurre en nulidad de pleno derecho, o subsidiariamente en anulabilidad.

Esta cuestión, ya fue incluida por el recurrente en el escrito de consulta presentado.

Aduce el órgano de contratación que de acuerdo con la Disposición adicional duodécima de la LCSP, *“Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente”*.

El artículo 156 de LCSP regulador de los plazos para la presentación de proposiciones en el procedimiento abierto, no contempla la naturaleza de los días que componen dichos plazos refiriéndose únicamente a “35 días”, por tanto al no especificar nada, al contrario por ejemplo del recurso especial que computa sus plazos en días hábiles ex artículo 50 de la LCSP, debe aplicarse lo dispuesto en la Disposición adicional duodécima de la LCSP, traída a colación por el órgano de contratación, por lo que debe desestimarse este motivo de recurso.

Séptimo.- También se invoca como causa de nulidad la exigencia de acreditación de que las licitadoras cuentan en su objeto social con la actividad de arrendamiento financiero.

La cláusula duodécima del PCAP establece en relación con la acreditación de la aptitud para contratar, *“El objeto social de la empresa que se presente a la licitación deberá poder comprobarse en la escritura pública de la misma e incluirá el arrendamiento financiero.*

Así mismo, en la escritura deberá constar el Código de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas que para este caso es el CNAE-2009 6491, “arrendamiento financiero”. Además, será obligatorio presentar un certificado de inscripción dónde conste el nº de registro de la empresa en el Registro Especial de Empresas de Arrendamiento Financiero”.

La recurrente considera que dicha mención es contraria a la libre concurrencia ya que *“La finalidad perseguida por la norma es evitar que pueda resultar adjudicatario de un contrato público una mercantil cuya actividad no tenga relación con las prestaciones a desempeñar, pero esa finalidad no puede convertirse mediante una aplicación restrictiva en una limitación de la libre concurrencia”.* Indica que aunque en el “renting”, el arrendador suele ser una sociedad de arrendamiento financiero, esta actividad también puede desarrollarla cualquier otra empresa.

Aduce que el contrato de renting no debe ser identificado como un contrato de leasing, citando entre otras la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 15 de junio de 1997, cuando afirma que en el renting *“a diferencia de lo que sucede en el leasing, la entidad arrendadora no realiza función mediadora y financiera, sino que cede temporalmente los equipos mediante unas cuotas que retribuyen exclusivamente el uso, sin anticipar el precio, pues la finalidad es arrendaticia y no un medio de adquisición de los bienes”.* En el mismo sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Orense núm. 404/2002 (Sección 2ª), de 18 diciembre, JUR 2003\ 78256, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, n º 84/2007, de 27 de marzo, AC 2007\1561.

Por su parte el Ayuntamiento de Colmenar Viejo alega que tiene la voluntad de formalizar un contrato de “renting” con una entidad financiera. Por ello la capacidad de obrar exigible es la que resulta de la Ley 26/1988, de 29 de julio (habilitación empresarial o profesional). El contrato que se pretende adjudicar es un contrato de arrendamiento financiero que reúne todos los elementos característicos que conforman dicha figura contractual contenidos en la disposición adicional séptima de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 28 julio 1988.

Parece que el órgano de contratación ha padecido cierta confusión en torno a los conceptos de leasing y renting, sin perjuicio de que esta cuestión ya fue dilucidada por el Tribunal, con ocasión del anterior recurso, si bien en relación con el requisito de legitimación activa.

Como ya se expuso en la Resolución 118/2018, en el arrendamiento financiero necesariamente ha de formalizarse el contrato con una entidad financiera por establecerlo así la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de la Entidades de Crédito. Al articularse la forma de pago a través de una operación de arrendamiento del Decreto 692/1996, de 26 de abril, es necesario que cumpla en consecuencia los requisitos dispuestos en tal normativa específica. Consecuentemente se entiende que el suministrador del bien quedaría como un tercero, al margen del suministro y de la operación que se formalizara para su pago.

El tipo de contrato de suministro regulado en el artículo 9 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) abarca en su concepto tanto la adquisición de bienes como el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

El contrato de arrendamiento financiero, también denominado leasing, tiene su regulación en la legislación mercantil, en la disposición adicional séptima de la Ley

26/1988, de 29 de julio *“Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 21 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario”*. Los apartados 8 y 9 de la misma disposición adicional establecen que las sociedades de arrendamiento financiero tendrán como objeto social exclusivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero previstas en dicha disposición y que también podrán ser desarrolladas por entidades oficiales de crédito, bancos, cajas de ahorros, incluida la Confederación Española de Cajas de Ahorros, la Caja Postal y las Cooperativas de crédito.

El arrendamiento con o sin opción de compra se configura como una relación entre el proveedor, que cede el uso de un bien mediante la percepción un precio, a un arrendatario, sin intervención de una tercera persona que financie la operación.

El renting es una forma de contrato de arrendamiento de un bien en la que no se incluye una opción de compra, pero en el que se incluyen otro tipo de prestaciones.

El caso que nos ocupa es la contratación de un suministro por la modalidad de renting, de contenedores de basura, por lo tanto de un arrendamiento sin opción a compra y sin intermediación de una entidad financiera. Así lo califica el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). Esta calificación no se discute por las partes y ha sido otorgada por el órgano de contratación. Ningún límite establece el PCAP a las personas que pueden licitar sino que admite a las personas jurídicas o naturales que tengan plena capacidad de obrar y no restringe la participación en el contrato a las entidades financieras.

En consecuencia, con esa calificación como renting cualquier persona natural o jurídica que tenga capacidad de obrar en relación al objeto del contrato puede presentar su oferta por lo que la restricción prevista no es adecuada en relación con el objeto del contrato. De tal forma que debe estimarse el recurso para que, o bien se concrete que el contrato tiene por objeto el leasing y así se haga constar en los anuncios y se mantenga la exigencia de la cláusula 12 del PCPA o bien se suprima esta última.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña L.I.M.T., en nombre y representación de Rototank, S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Suministro mediante renting de contenedores para la recogida de los residuos sólidos urbanos”, número de expediente: 6731/2018, tramitado por el Ayuntamiento de Colmenar Viejo, debiendo anularse los pliegos para adecuar el objeto del contrato a la capacidad exigida y procediendo a la publicación de la convocatoria de nuevo.

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 58 de la LCSP-2017.

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.