

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

En Madrid, a 12 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.R.J., en representación de la empresa OHL Servicios-Ingesan, S.A., contra el Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de concesión de servicios “Recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y selectivos y limpieza viaria del municipio de Torrelozón, mediante tramitación ordinaria y múltiples criterios de selección”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 31 de octubre de 2018 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado y en el DOUE el anuncio de la convocatoria de la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios.

El valor estimado de la concesión asciende a 8.971.701,70 euros. La duración del contrato es de cinco años.

Segundo.- De acuerdo con lo establecido en la cláusula 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) el objeto principal de este contrato es la

prestación de la limpieza viaria, la recogida y transporte de los residuos domésticos y asimilables, en el término municipal de Torrelodones.

Consta que los Códigos CPV son: Código CPV: 90511300-5 Servicio recogida de basuras; 90511200-4 Servicio de recogida desperdicios domésticos; 90512000-9 Servicio de transporte de desperdicios; 90610000-6 Servicio de limpieza y barrido de calles; 90611000-3 Servicio limpieza de calles; 90612000-0 Servicio de barrido de calle.

Tercero.- El 23 de noviembre de 2018 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de OHL Servicios-Ingosan S.A. en el que solicita que se anulen los documentos contractuales en lo relativo a las cláusulas tres, seis y veinticuatro y ordene retrotraer las actuaciones y convocar una nueva licitación.

Los motivos de recurso son:

Primero: En el expediente no se justifican los motivos por los que el contrato no se ha dividido en lotes y tampoco las razones por las que se ha licitado de manera conjunta en un mismo contrato una pluralidad de prestaciones susceptibles de ejecución independiente.

Segundo: Los Pliegos reguladores de la licitación no recogen el mandato del artículo 100.2 de la LCSP en relación con los costes salariales, y tampoco en lo que respecta al desglose de los costes directos e indirectos.

Tercero: El valor estimado del contrato de concesión no se ha calculado de conformidad con las previsiones del artículo 101 de la LCSP.

Cuarto: Los criterios de solvencia exigidos vulneran las previsiones de la normativa contractual y el principio de concurrencia, al condicionar y limitar la composición de las agrupaciones de licitadores.

El 28 de noviembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación 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 transpone 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). En el informe expone las argumentaciones correspondientes de las que se dará cuenta al resolver sobre el fondo.

Cuarto.- Con fecha 5 de diciembre de 2018 se acordó por este Tribunal la suspensión de la tramitación del procedimiento de licitación.

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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitadora “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, en este Tribunal, el 23 de noviembre de 2018, siendo publicado el PCAP el 31 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los PCAP y documentos contractuales al amparo de lo dispuesto en el artículo 44.1.c) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso:

1- La primera causa de impugnación se refiere a que en el expediente no se justifican los motivos por los que el contrato no se ha dividido en lotes y tampoco las razones por las que se han licitado de manera conjunta en un mismo contrato una pluralidad de prestaciones susceptibles de ejecución independiente.

Señala el recurrente que, la Cláusula 3 del PCAP, relativa a su objeto, señala que *“el objeto principal de este contrato es la prestación de la limpieza viaria, la recogida y transporte de los residuos domésticos y asimilables, en el término municipal de Torreldones”*. Considera los pliegos delimitan el objeto del contrato, desde un punto de vista cualitativo en torno a dos obligaciones esenciales y claramente diferenciadas:

- La recogida de residuos.
- La limpieza viaria.

Desde un punto de vista cuantitativo, además, la Cláusula 6 del PCAP refleja que cada una de estas prestaciones supone aproximadamente la mitad de la facturación del contrato. Concretamente:

- La recogida de residuos representa el 53,8% de la facturación.
- La limpieza viaria representa el 46,20% de la facturación.

“Desde esta óptica de dos prestaciones cualitativamente diferenciadas y que cuantitativamente son casi idénticas, cabe señalar desde su punto de vista, que en la documentación puesta a disposición de los licitadores en ningún caso se justifica la licitación conjunta de las mismas”. En apoyo de su argumentación invoca la Resolución nº 137/2018, de 9 de mayo, de este Tribunal:

“La decisión de agrupar en un único contrato diferentes prestaciones con un sólo empresario deberá ser adoptada en su caso justificadamente por el órgano de contratación y establecerse así en los pliegos reguladores de la contratación, considerando, en su caso, no sólo razones de eficiencia que sean ciertas o estén comprobadas, sino también las circunstancias que concurran en las empresas de los sectores correspondientes a las actividades objeto del contrato, concretamente, las que afectan a la competencia y se refieren a sus posibilidades de prestar simultánea y eficazmente servicios de diferente naturaleza”.

Lo anterior supone para el recurrente una primera vulneración de la normativa vigente y, de manera específica, del artículo 34.2 de la LCSP.

Además, alega que en el expediente no se justifica la falta de división en lotes del objeto del contrato, lo que implicaría una vulneración del artículo 99.3 de la LCSP, que prevé que *“siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta”*.

Concluye que segunda vulneración determinaría por sí misma y sin más trámite la nulidad del procedimiento de licitación. Cita al efecto la Resolución del TACRC nº 869/2018, de 1 de octubre.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que en la providencia de inicio del expediente existe una justificación adecuada para a no división lotes, que será analizada posteriormente.

Si bien es cierto que la decisión de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión discrecional del órgano de contratación se encuentra sujeta a control, y en este control se debe partir de que el criterio general en la LCSP, como explica en su preámbulo, es *“Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas (...)”*.

A diferencia de lo que se establecía en el artículo 86.3 del TRLCSP, la nueva LCSP en el artículo 99 precisa *“2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.”*

3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.

Por otro lado, el contenido del artículo 34 de la LCSP es idéntico al del artículo 25 del TRLCSP, ambos establecen: “1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

2. Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la

entidad contratante”.

De lo expuesto se concluye que aunque es posible licitar de forma conjunta la contratación de diferentes prestaciones, siempre que cada una de éstas se defina independientemente de las demás, en aras a fomentar y favorecer el mayor acceso de la PYME a las licitaciones, la posibilidad de acumular prestaciones en un solo contrato se configura en la Ley como excepcional y debe estar debidamente justificada en el expediente de contratación su necesidad y la complementariedad de las prestaciones a acumular.

Debe recordarse que la acumulación innecesaria de objetos en un mismo contrato sería contraria a los principios de concurrencia y libre competencia en la contratación pública, al permitirse que un mayor número de empresas puedan optar al contrato. La división en lotes puede ser un mecanismo eficaz para incrementar la competencia en la adjudicación. El principio de concurrencia tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación individual de las diversas prestaciones que componen el objeto a la pequeña y mediana empresa intensificando la competencia.

Como ya se ha puesto de manifiesto, la decisión de agrupar en un único contrato diferentes prestaciones con un sólo empresario deberá ser adoptada en su caso justificadamente por el órgano de contratación y establecerse así en los pliegos reguladores de la contratación, considerando, en su caso, no sólo razones de eficiencia que sean ciertas o estén comprobadas, sino también las circunstancias que concurren en las empresas de los sectores correspondientes a las actividades objeto del contrato, concretamente, las que afectan a la competencia y se refieren a sus posibilidades de prestar simultánea y eficazmente servicios de diferente naturaleza.

Obra en el expediente en la propuesta de condiciones que han de regir la licitación suscrita por el Alcalde Accidental la correspondiente justificación de la no división en lotes. En la misma se hace constar que *“el fin de los servicios contratados es la gestión de los residuos municipales, incluyendo la recogida del residuo, su*

contenerización y su transporte al mismo destino. El residuo recogido por el servicio de limpieza viaria se deposita en contenedores dispuestos para tal fin pertenecientes al servicio de recogida de residuos urbanos y es transportado por este a la estación de transferencia o a la planta de tratamiento. Además existe un punto de interferencia física manifiesta de ambos servicios: el entorno de las áreas de aportación. En estas zonas se produce una acumulación de residuos debido fundamentalmente a conductas ciudadanas inapropiadas (no depositar el residuo en el contenedor por ejemplo) y por consiguiente una mayor degradación de la zona por la presencia de manchas de grasa, lixiviados, etc. La limpieza de estas zonas, cuya suciedad es causada por el servicio de recogida de residuos, es limpiada por el servicio de limpieza viaria. Existe, por tanto, una clara y manifiesta vinculación de los servicios, debido al empleo por parte de ambos servicios de los mismos medios humanos y materiales. El mismo personal presta los dos servicios indistintamente, el personal de estructura, de inspección y de taller es común para ambos servicios, las instalaciones a taller y oficinas son las mismas para ambos servicios, los mismos camiones pueden transportar indistintamente las cajas donde se deposita el residuo de las barredoras, el equipo destinado al mantenimiento de contenedores de residuos es el mismo y las inversiones planteadas favorecen las acciones a desarrollar para la prestación de ambos servicios. En consecuencia, no es viable desligar ambos servicios en lotes. Por otra parte, a efecto de lograr una mayor eficacia y optimización en la prestación de los servicios contratados resulta imprescindible la ubicación de todos los medios empleados, humanos y materiales, en el municipio de Torreldones. En el Pliego de Prescripciones Técnicas se recoge la cesión de las únicas instalaciones existentes en el municipio a la empresa adjudicataria. El Ayuntamiento de Torreldones sólo dispone de unas instalaciones para ubicación de los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos, sitas en el antiguo vertedero de Torreldones, resultando inviable la división del municipio en lotes ya que no se dispone de instalaciones que permitan efectuar esta división y, como se ha indicado anteriormente, no es admisible ni se desea por los servicios técnicos municipales la prestación de estos servicios con medios humanos y materiales que se desplacen a diario desde instalaciones no ubicadas en Torreldones”.

Aunque formalmente se ha cumplido con la obligación de justificar la no división del contrato en lotes, llegados a este punto se trata de determinar si a la luz de las disposiciones mencionadas la justificación realizada por el órgano de contratación se pueden considerar suficientes para la no división en lotes de los servicios de recogida de residuos y limpieza viaria. En definitiva se trata de determinar si la justificación formal realizada por el órgano de contratación acredita de manera clara el cumplimiento de los motivos válidos para la no división en lotes previstos en el artículo 99.3 de LCSP.

Fundamentalmente habrá que determinar si se cumplen las previsiones del apartado b) del citado artículo que ya fue mencionado con anterioridad. El órgano de contratación manifiesta que *“existe una clara y manifiesta vinculación de los servicios debido al empleo de ambos servicios de los mismos medios humanos y materiales”*. Consideran, como se ha señalado, que el mismo personal presta los dos servicios indistintamente. Otro tanto ocurre con los camiones que pueden transportar indistintamente las cajas donde se deposita los residuos de las barredoras, el equipo destinado a mantenimiento de contenedores de residuos es el mismo. Alega, así mismo, que se logra una mayor eficacia y optimización en la prestación de los servicios contratados, ya que en el Pliego de Prescripciones Técnicas se recoge la cesión de las únicas instalaciones existentes en el municipio a la empresa adjudicataria, haciendo inviable la división en lotes ya que no dispone de instalaciones que permitan esa división.

Del informe del órgano de contratación no se entiende justificada de manera adecuada y razonable la no división en lotes, ya que, como manifiesta el recurrente, se trata de prestaciones cualitativamente diferenciadas y que cuantitativamente son casi idénticas. A esta misma conclusión se llega al analizar el Pliego de Prescripciones Técnicas donde se establece un régimen específico y autónomo para cada una de las prestaciones. En efecto, en los Capítulos II al IV se regula de manera exhaustiva el servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y en el Capítulo V el servicio de limpieza viaria. Ello permitiría una correcta ejecución del contrato para

cada una de las prestaciones, sin que deba producirse interferencias que ocasionen riesgo alguno para su correcta ejecución.

Tampoco queda acreditada la mayor eficacia en la realización de la totalidad de las prestaciones por un solo adjudicatario ni el mayor coste que supondría la división en lotes, al limitarse el órgano de contratación a realizar una justificación puramente teórica, sin aportar datos comparativos que permitieran apreciar de manera clara el sobrecoste económico que supondría la división en lotes.

Por tanto, este motivo debe ser estimado, lo que conlleva la del recurso y supone la necesidad de adaptar los pliegos a los criterios establecidos en la presente resolución.

No obstante, por congruencia y ante una nueva eventual licitación, se entran a conocer el resto de motivos de impugnación.

2- La segunda causa de impugnación se refiere a que los Pliegos reguladores de la licitación no recogen el mandato del artículo 100.2 de la LCSP en relación a los costes salariales y tampoco en lo que respecta al desglose de los costes directos indirectos. Considera que la Cláusula 6 del PCAP incumple el apartado 2 del artículo 100 de la LCSP. En la causa tercera de impugnación plantea la nulidad de la misma cláusula 6 del PCAP por incumplimiento del artículo 101 de la LCSP, por lo que se analizarán conjuntamente.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la Cláusula 6 del PCAP, bajo el título “VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO. PRESUPUESTO MÁXIMO DE LICITACIÓN. APLICACIONES PRESUPUESTARIAS” señala que:

“El presupuesto base de licitación del presente contrato es el resultado de multiplicar el presupuesto máximo de licitación para el primer año (1.794.340,34 euros IVA no incluido) por el plazo total de duración del contrato (5 años). En este sentido el precio base de licitación del contrato asciende a la cantidad de 8.971.701,70 euros (IVA excluido).”

En ningún caso se podrá reclamar un reequilibrio de la economía del contrato sobre cálculos erróneos en la estimación de costes, ni siquiera apelando a que el error deriva de datos incorrectos aportados por la Administración, siendo responsabilidad de la empresa la verificación de los mismos y de cuantos otros consideren necesarios para la correcta estimación de todos los costes que configuran el precio de los servicios contratados.

El presupuesto máximo de licitación representa el importe máximo anual que el Ayuntamiento se compromete a consignar en su presupuesto para abonar al concesionario por la prestación de los servicios incluidos en el objeto del contrato, durante el primer año, de acuerdo con los importes máximos parciales siguientes:

- Tomando como referencia 11.000 toneladas/año. Por cada tonelada de residuos recogida y transportada al Centro de transferencia y/o planta de compostaje 163,12 euros/tonelada, más 10% en concepto de IVA, hasta 11.000 toneladas anuales.

- A partir de la superación de las toneladas objetivo establecidas para cada año de contrato, el importe máximo a abonar al concesionario por cada tonelada de residuos recogida y transportada al Centro de transferencia (vertedero) se establece en 80 euros, más 8 € en concepto de IVA.

Con 11.000 toneladas/año y una población de 23.767 habitantes tenemos un ratio aproximado de 463 kg/habitante/año, en el caso de que se supere este ratio se deberá acreditar documentalmente el origen del incremento producido, lo que será analizado y valorado por los servicios técnicos municipales. En el caso de no quedar acreditado no se pagará importe por la gestión de estos residuos.

Presupuesto base de licitación: 8.971.701,70 euros.

Base imponible: 10%.

Importe IVA: 897.170,17 euros.

Importe total: 9.868.871,87.

Valor estimado del contrato (art. 101 LCSP): 9.278.251,70 (IVA excluido). En esta cifra queda incluido el valor de 3.225 contenedores destinados a la recogida de

residuo vegetal (1250 de 800 litros y 1975 con 360 litros de capacidad) y 350 adicionales de 800 litros.

Aplicación presupuestaria:

1612.27999 - *Recogida de residuos (53,8% facturación y ampliación número de contenedores).*

1630.22700 - *Limpieza viaria (46,20% facturación)*”.

Respecto a la primera de las causas de impugnación, el apartado 2 del artículo 100 de la LCSP señala, en relación con el presupuesto base de licitación que:

*“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando **en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación** los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación.*

En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

En el informe del recurso el órgano de contratación alega que *“los costes directos e indirectos aparecen detallados en los informes de fecha 10 y 11 de octubre de 2018, que constan en el expediente y a disposición de los licitadores que lo solicitaran”.*

En lo que se refiere a los costes laborales la Resolución del TACRC nº 861/2018, de 1 de octubre alegada por el recurrente manifiesta:

“Sexto. Empezando el análisis por el examen de la alegación relativa a la pretendida vulneración de los Arts. 100, 101 y 102 LCSP por la 9 cláusula quinta del PCAP, debemos manifestar, como hace la impugnante, que ya en nuestra Resolución 632/2018 de 29 de junio, Recurso 516/2018 promovido por el hoy recurrente, dijimos que la entrada en vigor de la LCSP determina, respecto del régimen anterior, una “mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral. Vinculación que cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos, como los de servicios,

donde los costes de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación”.

[...]

Considera este Tribunal que la respuesta debe ser positiva, y ello porque la literalidad de los preceptos transcritos es clara, cuando impone que sea en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento regulador de la licitación, donde se desglosen los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación y los costes salariales estimados de forma desglosada y con desagregación de sexos.

La consecuencia de la vulneración del Art. 100.2 LCSP debe ser la misma que en el supuesto resuelto por la Resolución 632/2018 antes citada, esto es, la nulidad de los pliegos. En dicha Resolución se dijo que: El incumplimiento del artículo 100.2 de la LCSP supone la omisión de unos datos cuyo conocimiento es trascendental para la adjudicación y ejecución del contrato, pues sirve para justificar un correcto cálculo del valor estimado, y garantizar que la fijación del precio es ajustada a Derecho. También influirá en la admisión o rechazo de las ofertas que incurren en presunción de temeridad, y, constituirá la base a l a partir de la cual debe velar el órgano de contratación por la correcta ejecución del mismo, en cumplimiento de las normas convencionales, una vez formalizado. De acuerdo con lo expuesto, el motivo del recurso debe de ser estimado y anulada por ello la cláusula 7ª del PCAP, aunque, sin embargo, la infracción del artículo 100.2 de la LCSP no permite emitir un pronunciamiento en relación con el incumplimiento que de los artículos 101.2 y 102.3 de la LCSP postula la recurrente, ya que, el Tribunal ignora cuales han sido los costes salariales tomados en consideración por el órgano de contratación, así como el convenio colectivo de referencia, por lo que, su omisión impide determinar si el valor estimado y el precio del contrato fijados en el PCAP son o no ajustados a Derecho, al carecer de los elementos imprescindibles para ello. Por lo tanto, la pretensión formulada en relación con la vulneración del Art. 100.2 LCSP debe ser estimada, y se debe declarar la nulidad de la cláusula quinta del PCAP publicado”.

Resulta evidente de la simple lectura de la cláusula 6 del PCAP que no se recogen los costes directos e indirectos. Tampoco que indica de forma desglosada y

con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. No es suficiente, como alega el órgano de contratación, que la justificación figura en dos informes de fecha 10 y 11 de octubre de 2018 *“que constan en el expediente a disposición de los licitadores que lo solicitaran”*. Como ya se ha señalado, la importancia de la información exigida en el artículo 100.2 de LCSP para la confección de la oferta por el licitador ha llevado al legislador a exigir de modo expreso su inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación, lo que no se ha producido en la cláusula 6 de PCAP, por lo que la pretensión debe ser estimada en este motivo.

En cuanto al segundo motivo de impugnación de la cláusula 6 del PCAP se argumenta que no se ha calculado de conformidad con las previsiones del artículo 101 de la LCSP.

Como se recoge en la cláusula 6 de PCAP anteriormente transcrito, se señala *“Valor estimado del contrato (art. 101 LCSP): 9.278.251,70 (IVA excluido). En esta cifra queda incluido el valor de 3.225 contenedores destinados a la recogida de residuo vegetal (1250 de 800 litros y 1975 con 360 litros de capacidad) y 350 adicionales de 800 litros.”*

El apartado 5 del artículo 101, establece de manera indubitada que *“el método de cálculo aplicado por el órgano de contratación para calcular el valor estimado en todo caso deberá figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares”*. No resulta por tanto suficiente lo alegado por el órgano de contratación cuando afirma que *“el contrato se ha calculado de conformidad con lo establecido en la legislación. A estos efectos el detalle de los cálculos consta en el informe de 4 de octubre de 2018”*.

De la simple lectura de la cláusula 6 del PCAP se deduce que no cumple la previsión exigida por el artículo 101.5, ya que en ella no se recoge el método de cálculo para calcular el valor estimado del contrato.

La estimación de este motivo conlleva la del recurso y supone la necesidad de adaptar la cláusula impugnada a los criterios establecidos en la presente resolución.

3- El siguiente motivo de impugnación se refiere a que los criterios de solvencia exigidos vulneran las previsiones de la normativa contractual y el principio de concurrencia, al condicionar y limitar la composición de las agrupaciones licitadoras.

A este respecto, por una parte, la Cláusula 24 del PCAP, al regular la solvencia económica y financiera, establece que: *"En caso de que la oferta presentada por un agrupación de licitadores, el volumen global de negocios requerido podrá requerirse mediante la suma del obtenido por cada una de las entidades partícipes, si bien únicamente se computará en este sentido la cifra de aquellas empresas que participen en al menos un 10% en la futura UTE, y deberá existir al menos una empresa miembro de la agrupación que acredite un volumen global de la cifra de negocios de al menos el 50% del precio máximo anual de licitación de los tres ejercicios cerrados"*.

La misma Cláusula 24 c) del PCAP al regular la solvencia técnica contempla también que:

"La suma del importe de todas las experiencias que se acrediten deberá suponer una facturación superior a la que corresponde una vez y media el precio máximo de licitación anual del presente Contrato.

En el caso de ofertas presentadas por un grupo de licitadores, bastará con que alguno de sus miembros cuente con la solvencia mínima requerida en este punto, siempre que la empresa que acredite la experiencia se comprometa al menos a una participación en la futura UTE del cincuenta y un (51)%".

Por otro lado, alega el recurrente vulneración del artículo 24 del RGLCAP, que no establece ningún tipo de límites para articular el caso de las UTE la acumulación de la solvencia. En lo referente a la solvencia económica:

El artículo 24 del RGLCAP establece: *"1. En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y*

solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento”.

La Resolución 556/2013 del TACRC manifiesta “La cuestión de fondo planteada, no es otra que la de si los requisitos de solvencia deben concurrir necesariamente en todos y cada uno de los miembros que concurren bajo compromiso de formación de unión de empresarios, como sostiene en su resolución de exclusión el órgano de contratación, o si, por el contrario, tal y como sostienen las recurrentes, esta solvencia debe apreciarse de forma cumulativa e integradora entre los miembros de la UTE, de modo que la acreditación por parte de unos de sus miembros de la solvencia bastante se comunica, por así decirlo, a los que no pueden realizar tal acreditación. Como señala el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 21/2012, de 21 de junio: “La solvencia económica y financiera del licitador hace referencia a la capacidad de pago (capacidad financiera) de la empresa para cumplir sus obligaciones, y los recursos con que cuenta para hacer frente a ellas, o sea, una relación entre lo que una entidad tiene y lo que debe. La solvencia económica es tener la suficiente capacidad para hacer frente a las obligaciones que el contratista debe contraer. En cuanto a la solvencia técnica o profesional se exige a los licitadores para poder aspirar a hacerse cargo del servicio que se contrata, pretende garantizar que el adjudicatario, en este caso, nos estaríamos refiriendo a una UTE, dispone de los medios y cualificación adecuados para llevarlo a buen fin. Así, en un supuesto como el que aquí se analiza y que es la causa de exclusión de algún miembro de la UTE, la acreditación de la experiencia a través de una relación de determinados servicios que superen un importe determinado, entiende este Tribunal, que en la medida que pretende valorar la experiencia del licitador, en este caso una UTE, procede su acumulación”.

Continúa la citada Resolución. “Al no tener la UTE personalidad jurídica propia, los requisitos de capacidad y solvencia –al igual que el de clasificación- y la ausencia de circunstancias que prohíban la contratación, han de referirse a los miembros que

la conforman y la solvencia de la que careciera alguno de ellos puede completarse con la que tenga el resto de miembros de la UTE. Pues bien, este Tribunal ha entendido, como así se manifestó en la Resolución 205/2012, de 20 de septiembre, que uno de los motivos principales para que las empresas se agrupen en UTE es sumar capacidades, sean éstas económicas, técnicas o profesionales. Por tanto, el criterio general es el de la acumulación. Así lo establece el artículo 24 del RGLCAP relativo a las uniones temporales de empresarios”. Es decir, la norma general es la de la acumulación, aunque en caso de exigir la clasificación, la regla tenga características propias establecidas legal (artículo 67 del TRLCSP) y reglamentariamente (artículo 52 del RGLCAP). Regla de acumulación que, en todo caso, exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de la UTE de algún tipo de solvencia para que pueda acumularse la misma”.

La solvencia económica supone tener la suficiente capacidad para hacer frente a las obligaciones que el contratista debe contraer. Es decir, que cuenta con los suficientes bienes y recursos para respaldar el cumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato, y que se determinan en el objeto del mismo. Por ello, la limitación que establecen los PCAP en lo referente a la solvencia económica “si bien únicamente computarán en este sentido la cifra de aquellas empresas que participen en al menos un 10% en la futura UTE”, supone que no serían acumulables para determinar la suma global de negocio la de aquellos participantes con una participación inferior al 10% en la futura UTE. Esta restricción además resulta incongruente con lo dispuesto el artículo 75 del LCSP que regula la posibilidad de integración de la solvencia por medios externos. Si para acreditar la solvencia el empresario puede basarse en la solvencia y medios de otra entidad, resulta incoherente que no pueda acumularse la solvencia de un miembro de la futura UTE porque su participación sea inferior al 10%. Lo mismo podría decirse de la exigencia de que “y deberá de existir al menos una empresa miembro de la agrupación que acredite un volumen global de la cifra de negocios de al menos el 50% del precio máximo anual de licitación de los tres ejercicios cerrados”.

Este criterio va contra la regla general de acumulación de solvencia económica de todos los participantes, que mantiene tanto el artículo 24 del RGLCAP como las

resoluciones del TACRC como la que hemos señalado anteriormente, pudiendo ser limitativo de la libre concurrencia, sin que se haya planteado justificación alguna.

Por ello, este motivo debe ser estimado considerando no conforme a derecho la cláusula 24 de los PCAP en lo referente a la solvencia económica.

En lo referente a la solvencia técnica, el artículo 24 de PCAP señala *“La suma del importe de todas las experiencias que se acrediten deberá suponer una facturación superior a la que corresponde una vez y media el precio máximo de licitación anual del presente Contrato”*. Para el caso de grupo de licitadores señala *“bastará con que alguno de sus miembros cuente con la solvencia mínima requerida en este punto, siempre que la empresa que acredite la experiencia se comprometa al menos a una participación en la futura UTE del cincuenta y un (51) %”*.

En este ámbito se establece claramente la *“acumulación de las experiencias”*, sin embargo se da la opción para el caso de que alguno de sus miembros cuente con la solvencia mínima requerida pueda ser suficiente sin acumular otras solvencias siempre que se comprometa a que su participación en la UTE sea del 51%. Ello no impediría que, aun en el supuesto de que una de las empresas reúna por sí sola los requisitos de solvencia, si otros partícipes de la UTE reúnen así mismo dichos requisitos de se acumulen para conseguir la exigida por los pliegos, sin que exista en este caso la obligación de la primera empresa deba participar en un 51% de la futura UTE. El problema se plantearía en el supuesto de que sólo una de las empresas de la futura UTE reuniera los requisitos de solvencia y las demás carecieran absolutamente de ella, supuesto al que se puede interpretar se refiere el pliego. Si bien, como señala la Resolución del TACRC anteriormente mencionada la *“Regla de acumulación que, en todo caso, exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de la UTE de algún tipo de solvencia para que pueda acumularse la misma”*, lo que haría no conforme a Derecho esa posibilidad prevista en el PCAP. Por lo que la cláusula tal como está redactada resulta poco clara y sería inaplicable.

La estimación de este motivo conlleva, así mismo, la estimación del recurso y la anulación del Pliego y del procedimiento que deberá reiniciarse elaborando nuevos pliegos de acuerdo a lo expuesto en esta Resolución.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que se van a elaborar nuevos pliegos debería justificarse en el expediente la calificación del contrato como “contrato de concesión de servicios” por cumplir, en su caso, lo establecido en el artículo 15 LCP, fundamentalmente en lo referente a la existencia de transferencia de riesgo operacional.

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 OHL Servicios-Ingesan, S.A., contra el contenido de algunas cláusulas del PCAP del contrato “Recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y selectivos y limpieza viaria del municipio de Torrelodones, número de expediente 09CA-201845” de acuerdo con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto, apartados 1, 2 y 3.

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.

Tercero.- Levantar la suspensión de la tramitación del procedimiento de licitación.

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.