

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

En Madrid, a 17 de junio de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don P.R.A., en nombre y representación de CESPAS GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.U. (en adelante CESPAS), contra el Acuerdo de la Asamblea de la Mancomunidad del Sur, de fecha 14 de mayo de 2015, por el que adjudica el contrato de gestión de servicio público denominado “Explotación de las instalaciones de transferencia y eliminación de residuos domésticos de la Comunidad de Madrid cedidas a la Mancomunidad del Sur”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 31 de julio de 2013 se publicó en el BOE el anuncio de la convocatoria correspondiente al contrato denominado “Gestión de servicios públicos de explotación de las instalaciones de transferencia y eliminación de residuos urbanos ubicadas en la zona sur de la Comunidad de Madrid”, expte. 3/2013, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con un valor estimado de 67.798.890 euros (IVA excluido).

Como consecuencia de la interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación de dicho contrato, mediante Resolución 33/2014 de este Tribunal, se apreció la existencia de una causa que determinaba la nulidad del procedimiento de licitación. La causa determinante de dicha nulidad fue la potencial vulneración del secreto de la oferta como consecuencia de la inclusión en el sobre 1 de datos sobre la maquinaria a aportar por la adjudicataria, que acompaña un listado de la misma con sus características, tal y como se establecía en los pliegos.

El nuevo anuncio de la convocatoria del contrato se publicó en el BOE el 17 de junio de 2014, siendo el contrato calificado como de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, a adjudicar mediante pluralidad de criterios y fijándose su valor estimado en 64.116.490,14 euros, y su plazo de duración en cuatro años prorrogable por otros dos. Asimismo se establece en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que el contrato tiene gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros.

Una vez tramitado de nuevo el procedimiento de licitación, el 10 de marzo de 2015 se adjudica el contrato a Urbaser, S.A. Frente a dicha adjudicación se interpusieron sendos recursos especiales en materia de contratación por CESPAs, y por FCC, que fueron concluidos mediante Resoluciones 59 y 60/2015, de 23 de abril. La primera de las Resoluciones dictada en el recurso interpuesto por CESPAs, ahora recurrente, desestimaba el mismo por considerar que no procedía la exclusión de todas las licitadoras, pretensión hecha valer por aquélla, al ser la tercera clasificada con el objeto de obtener la consiguiente declaración de desierto del procedimiento de licitación. Por su parte, la Resolución 60/2015 fue estimatoria del recurso, procediendo la exclusión de la oferta de Urbaser, al haber incluido en el sobre 2 información relativa a los criterios valorables mediante fórmula.

Segundo.- En ejecución de dicha Resolución se dictó nueva Resolución de adjudicación con fecha 14 de mayo de 2015, que esta vez ha recaído sobre la

licitadora FCC, frente a la que CESPAs interpuso el presente recurso, que tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 8 de junio de 2015. El recurso se fundamenta en la procedencia de la exclusión de la oferta de FCC al haber incluido ésta en el sobre de la documentación correspondiente a criterios valorables mediante juicio de valor, elementos correspondientes a criterios valorables mediante fórmula, en concreto el servicio de trituración de residuos.

Debe señalarse que existe otro recurso pendiente contra el mismo acuerdo de adjudicación interpuesto por Urbaser, S.A. que se está tramitando ante este Tribunal.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, (TRLCSPP), remitido junto con el expediente administrativo a este Tribunal, el día 10 de junio, señala que la recurrente incurre en temeridad puesto que frente a lo aducido en el recurso anterior (46/2015), en el que al ser la tercera clasificada indicaba que tampoco su oferta era admisible, ahora solo pretende la exclusión de la oferta de la adjudicataria, considerándose ahora legitimada al ser la única otra empresa que continúa en el procedimiento, sin aducir esta vez el incumplimiento de su oferta. En concreto afirma que *“CESPA acepta la Resolución del Tribunal en lo que le beneficia pero no en lo que le perjudica y afecta a FCC, obligando de esta manera al Tribunal a que vuelva a analizar y resolver lo que ya analizó y resolvió ya que no se aporta absolutamente nada nuevo”*. Como consecuencia de lo anterior entiende que el recurso incurre en temeridad y solicita que se le imponga una multa a la recurrente habida de cuenta de los perjuicios que se han irrogado a la Mancomunidad del Sur que explica pormenorizadamente.

Tercero.- No se ha dado trámite de alegaciones en este recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 84.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 del texto refundido de

la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

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.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del TRLCSP forman parte del sector público a los efectos de la Ley, además de la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, entre estas la mancomunidades, que de acuerdo con los artículos 44 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y 54 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid son las Entidades Locales constituidas por la agrupación voluntaria de Municipios en el ejercicio del derecho a la libre asociación, para la gestión de servicios comunes o para la coordinación de actuaciones de carácter funcional o territorial.

Segundo.- El contrato cuya adjudicación es objeto del presente recurso ha sido calificado por el órgano de contratación como contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, haciéndose constar en los pliegos que el contrato tiene gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, solo son susceptibles de recurso especial los contratos de gestión de servicio público, con un presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, superior a 500.000 euros y un plazo de duración superior a

cinco años, por lo tanto cabe recurso en relación con el contrato que ahora nos ocupa.

Por otro lado, el acto impugnado (la adjudicación) es susceptible de recurso especial, al amparo del artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero.- Debe examinarse el objeto del recurso, puesto que aunque la recurrente no solicita que se deje sin efecto la Resoluciones 59/2015, lo cierto es que todo el cuerpo del recurso contiene argumentos dirigidos a rebatir el contenido de la indicada Resolución, sin alegar ni realizar argumentación alguna más allá, que pudiera justificar con distintos argumentos de los esgrimidos en las alegaciones efectuadas en el Recurso 46/2014, la nulidad de la Resolución de adjudicación.

Efectivamente de nuevo se intenta hacer valer la presencia de una causa de exclusión de la oferta de la adjudicataria, de hecho así se reconoce en el propio texto del recurso por la recurrente cuando afirma: *“Durante las vicisitudes experimentadas en la licitación 3/2013 mi representada ya ha alegado que la oferta de FCC no puede admitirse porque es contraria a lo establecido en los pliegos, alegando que tampoco la oferta de CESPА cumplía con los mismos, y que por tanto, correspondía la declaración de la licitación como desierta”*, para lo que únicamente considera la improcedencia de la inclusión de la mención a la subcontratación del servicio de trituración, que fue a su vez la única causa esgrimida en el recurso 46/2015, respecto de la oferta de la segunda clasificada en aquel momento que era FCC, respecto de la que se alegaba que *“el servicio de trituración ofertado (como subcontratación) supone una puesta a disposición de la Mancomunidad de unos medios materiales no solicitados en el PPT, como de reposición obligatoria, lo que como ya se ha reiterado, quedaba prohibido en los pliegos y en la aclaración. Esta última solución es igualmente aplicable a CESPА.”*

Este Tribunal se pronunció directamente sobre esta cuestión en el recurso interpuesto por CESPА indicando que *“Examinado el expediente administrativo, por*

este Tribunal comprueba que en el caso de la oferta de FCC no se vulneran las normas indicadas puesto que propone no la aportación del equipo, sino la subcontratación del servicio de trituración, con lo que no se produce el supuesto de hecho planteado.”

Por tanto, se trata de hacer valer de nuevo una cuestión ya resuelta por este Tribunal, y respecto de la que el mismo considera que se produce el efecto de cosa juzgada, que entendemos de plena aplicación al ámbito administrativo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *“que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión”*. En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos *“de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)”*.

De acuerdo con estas consideraciones cabría concluir que, en este caso, es de aplicación el principio de cosa juzgada al haberse resuelto el recurso presentado por la empresa recurrente, sin que sea posible un nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto por este Tribunal.

Cabe indicar a mayor abundamiento, que contra las Resoluciones de los órganos encargados de la resolución del recurso especial, no cabe recurso alguno, en vía administrativa, únicamente cabe recurso contencioso administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1 del TRLCSP. Es cierto que el recurso presentado ni se dirige formalmente contra la Resolución 59/2015, ni en el suplico del mismo se solicita su nulidad, pero no es menos cierto que, como ya hemos

indicado, los únicos argumentos hechos valer son revisores de la resolución dictada, por lo que también desde esta consideración procedería la inadmisión del recurso.

Cuarto.- Este Tribunal considera al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP que procede la imposición de una multa al haber existido temeridad en la interposición del recurso.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. La Sentencia núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita.”*

A la vista del contenido del recurso, que no hace sino reproducir una argumentación que ya fue desechada expresamente por este Tribunal, se advierte la existencia de un abuso del derecho al mismo que altera su finalidad como medio para obtener la tutela de un derecho o interés legítimo, con evidente temeridad al conocer la recurrente o deber conocer que ni cabe recurso contra las Resoluciones del Tribunal, ni cabe examinar cuestiones ya resueltas.

En cuanto a la cuantía, la Ley señala que se determinará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, situándose en todo caso entre 1.000 y 15.000 euros.

El órgano de contratación en el informe remitido con ocasión del recurso pone de relieve los perjuicios que la azarosa tramitación del expediente y la sucesiva anulación de las distintas resoluciones de adjudicación, han producido. Tales perjuicios se cifran en unos 900.000 euros año, el importe de las sucesivas tasas de recurso, además de los que no son susceptibles de cuantificación económica.

Este Tribunal a la vista de los antecedentes considera que la multa debe imponerse en la cantidad de 2.000 euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se deben en su totalidad al mismo, habiendo sido el contrato objeto de hasta 6 recursos, que han sido estimados en su mayor parte.

Quinto.- Resta examinar la solicitud de levantamiento de la suspensión automática del procedimiento solicitada por el órgano de contratación, con el objeto de evitar ulteriores perjuicios al órgano de contratación, que pone de manifiesto que dada la necesidad de prestación del servicio y que el anterior contrato no era prorrogable, el anterior adjudicatario, Urbaser, lo viene ejecutando sin contrato, lo que supone no haber podido hacer efectivos los ahorros previstos y un mayor deterioro en la maquinaria antigua.

Debe señalarse que aunque la inadmisión de este recurso haría innecesaria la medida solicitada por el órgano de contratación, aun resta por resolver el recurso interpuesto por URBASER, por lo que la suspensión automática del procedimiento aún continúa desplegando sus efectos.

Entiende el órgano de contratación que en ningún caso se produciría un perjuicio a terceros licitadores al no quedar en el procedimiento más que dos de ellos, de forma que el levantamiento de la suspensión supondría un menor coste en la prestación del servicio, que se cifra en 900.000 euros anuales, y renovación de la maquinaria, en el caso de que el recurso fuera estimado, lo que implicaría que la licitación queda desierta, manifestando que la situación que afecta a la maquinaria sería prevista en los nuevos pliegos para que ni el adjudicatario, ni la Mancomunidad fueran perjudicadas o beneficiadas.

Es cierto como afirma el órgano de contratación, que la suspensión automática del procedimiento tiene por objeto evitar que con la formalización del contrato se consoliden situaciones de ilegalidad impidiendo al recurso cumplir su finalidad legítima. Este Tribunal tampoco desconoce los esfuerzos que lleva consigo la tramitación y resolución de un expediente de contratación tan complejo como el que nos ocupa, que puede dar lugar, como así ha sido, a diversos problemas que ha provocado la exclusión sucesiva de los licitadores, que por otro lado se encuentran en su pleno derecho de ejercitar acciones en el ejercicio de la defensa de sus intereses. Sin embargo para que pudiera levantarse la suspensión en un asunto como este, sería preciso ofrecer algún tipo de garantía más allá de la futura previsión en un pliego del destino de las máquinas que hubiera aportado la adjudicataria, cuyo coste estaría adelantando, al albur del contenido del futuro pliego. No dejando de entender la postura del órgano de contratación, debe considerarse que el levantamiento de la suspensión fiado en la regulación futura del destino de las máquinas, no garantiza la falta de perjuicios, ni para el propio órgano de contratación, ni para las licitadoras, ante la indefinición de la medida propuesta, a lo que cabe añadir que dada la brevedad de los plazos de tramitación del recurso, es probable que el recurso se resuelva en un plazo tal en que dejaría tal medida vacía de contenido.

Procede por tanto denegar el levantamiento de la suspensión solicitada, hasta la completa resolución del único recurso pendiente sobre esta cuestión ante el Tribunal.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.R.A., en nombre y representación de CESPAS GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.U., contra el Acuerdo de la Asamblea de la Mancomunidad del Sur, de fecha 14 de mayo de 2015, por el que adjudica el contrato de gestión de servicio público denominado “Explotación de las instalaciones de transferencia y eliminación de residuos domésticos de la Comunidad de Madrid cedidas a la Mancomunidad del Sur”, por producirse el efecto de cosa juzgada.

Segundo.- Imponer a la empresa CESPAS GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.U., la multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP, por importe de dos mil euros (2.000 euros), por temeridad en la interposición del recurso.

Tercero.- Denegar el levantamiento de la suspensión solicitada por el Órgano de Contratación.

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.