

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

En Madrid, a 26 de junio de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don G.A.S., en nombre y representación de URBASER, S.A., 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 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, desestimaba el mismo por considerar que no procedía la exclusión de todas las licitadoras, pretensión hecha valer por aquella, 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 del recurso interpuesto por FCC fue estimatoria, 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 Urbaser interpuso el presente recurso, que tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 3 de junio de 2015. El recurso se fundamenta en la procedencia de la exclusión de la oferta de FCC y CESPAs al haber incluido en el sobre de la documentación correspondiente a criterios valorables mediante juicio de valor, elementos correspondientes a criterios valorables mediante fórmula, al igual que en su día se acordó respecto de la oferta de Urbaser, y por incumplimiento de determinadas condiciones exigidas en los pliegos.

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, (TRLSP), remitido junto con el expediente administrativo a este Tribunal, el día 10 de junio, señala que el petitum del recurso es confuso puesto que solicita que se anule la adjudicación del contrato excluyendo a ambas licitadoras, de manera que el procedimiento de licitación quede desierto y de otro lado la anulación de todo el procedimiento de licitación, lo que implica la retroacción hasta el momento que se ha producido la causa de nulidad. Así mismo se incorpora un informe fechado el día 9 de junio de 2015 elaborado por el asesor técnico de la Mancomunidad de Municipios del Sur, sobre los concretos defectos de la valoración hechos valer por la recurrente.

Tercero.- Con fecha 18 de junio de 2015 se ha concedido trámite de alegaciones al resto de interesadas en el procedimiento.

Con fecha 23 de junio de 2015 se ha recibido escrito de alegaciones de la empresa CESPAs Gestión de Residuos, S.A., en las que en síntesis manifiesta que se adhiere al recurso presentado por Urbaser, con sustento en los informes que constan en el expediente de licitación y que concluyeron que todas las empresas que habían concurrido a la licitación incumplieron los pliegos de forma sustancial.

Por su parte la adjudicataria presentó escrito de alegaciones el día 24 de junio, en las que después de plantear la falta de legitimación de Urbaser al haber sido excluida de la licitación y la existencia de cosa juzgada puesto que este Tribunal

ya resolvió sobre la improcedencia de excluir a FCC, defiende la inexistencia de incumplimientos en su oferta en los términos que se recogerán con el examen concreto de cada una de las cuestiones planteadas por la recurrente.

Asimismo pone de relieve que: *“Lo que URBASER pretende es seguir dilatando en el tiempo la licitación y postergando la adjudicación de este contrato, y ello porque se está beneficiando directamente de las consecuencias de las diferentes anulaciones del procedimiento. Efectivamente, URBASER es la actual prestadora del servicio y no en función de una licitación previa que se esté prorrogando hasta la nueva concesión, sino por un contrato directo, beneficiándose de un precio mucho mayor del que recibiría de haber resultado adjudicataria, con el consiguiente perjuicio para la Administración.”*

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.- El recurso se ha interpuesto en plazo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP, *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.”*, dado que la remisión de la notificación de adjudicación se produjo el 19 de mayo de 2015 y el recurso se presentó el 3 de junio siguiente.

Cuarto.- Especial examen merece la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Afirma la adjudicataria FCC en trámite de alegaciones que la recurrente no estaría legitimada al haber sido excluida de la licitación, poniendo de relieve otra

circunstancia en este caso y es que en el recurso 47/2015 (Resolución nº 60/2015), se dio traslado a los demás interesados y, por tanto, a URBASER, concediéndole plazo de 5 días para formular alegaciones. En ese trámite URBASER pudo alegar lo que estimara conveniente y, por tanto, si a la vista del expediente al que se le dio acceso consideró que la proposición de FCC incurría en incumplimiento de los pliegos y, por tanto, había de ser excluida, dispuso de ocasión y momento para alegarlo.

Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, (vid Resolución 181/2013, de 23 de octubre, o 87/204, de 11 de junio), la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Si bien es cierto que la recurrente, ha sido declarada decaída en su derecho a ser adjudicataria del contrato, en virtud de la Resolución 60/2015, de 23 de abril, de este Tribunal y que por lo tanto *prima facie* ningún beneficio podría obtener de la interposición del presente recurso, en relación con el procedimiento de licitación actual, no lo es menos que manifiesta específicamente que su interés no es el de obtener la adjudicación del contrato actual, sino el de que la licitación se declare desierta como consecuencia de la eventual estimación de sus pretensiones -exclusión del resto de licitadoras admitidas- con lo que obtendría el beneficio de poder presentarse a un nuevo procedimiento que se convocase, pudiendo optar así a su adjudicación, revistiéndola nuevamente de legitimación *ad causam*.

A ello hay que añadir que la posibilidad de que tras la eventual estimación del recurso y declaración de desierto del mismo, se convocara una nueva licitación no es una mera hipótesis que pondría en entredicho el interés de la recurrente, sino que como ya reconocimos en nuestra Resolución 59/2015, relativa a este mismo contrato, invocada por la recurrente, *“(…) concurren indicios suficientes para entender que la nulidad del proceso de licitación daría lugar a un nueva, dada la necesidad de explotación de las instalaciones de transferencia y eliminación de residuos domésticos, que de hecho se están explotando sin contrato, como consecuencia de la anterior anulación por este Tribunal de la anterior adjudicación, lo que resulta aproximadamente hasta millón y medio de euros más caro. Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por el órgano de contratación en su informe al recurso que expone los perjuicios económicos que se derivarían de un eventual desistimiento o declaración de desierto del contrato. Este indicio derivado de la necesidad de gestionar eficientemente las instalaciones existentes se ve corroborado por la circunstancia de que habiendo sido anulada por este Tribunal la anterior licitación sobre el mismo, tal y como se expone en el relato fáctico de la presente resolución, la Mancomunidad del Sur procedió a una nueva convocatoria del mismo, sin que nada haga pensar que esta no iba a ser la respuesta en una segunda ocasión en que se anulara eventualmente la licitación convocada.”*

Respecto de la afirmación de FCC, cabe señalar que al ser Urbaser la adjudicataria del contrato cuando se interpusieron los recursos 46 y 47 /2015, la legitimación activa de la misma consistía en defender la legalidad de su adjudicación respecto de la que los posibles incumplimientos por parte de otras licitadoras no era condición necesaria. Urbaser únicamente alegó respecto del incumplimiento puesto de manifiesto en los informes del órgano de contratación en la oferta de FCC y CESPAA relativo al servicio de trituración. En este caso sí que, como veremos, se produce el efecto de cosa juzgada pero solo respecto de esta circunstancia.

Por ello este Tribunal entiende en virtud del principio *favor acti* que procede

considerar que la recurrente se encuentra legitimada, en principio. Ahora bien, es posible que el examen de fondo de las alegaciones de la recurrente y su eventual desestimación determinen la falta de legitimación de la misma, que no se olvide, en cuanto a la legitimación *ad causam*, es una cuestión de fondo, por lo que procede su estudio, tal y como se especificaba asimismo en la Resolución 22/2015 invocada por FCC en su escrito de alegaciones.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso son dos las cuestiones aducidas por la recurrente, de un lado la procedencia de la exclusión de la oferta de FCC y CESPAL al haber incluido en el sobre de la documentación correspondiente a criterios valorables mediante juicio de valor elementos correspondientes a criterios valorables mediante fórmula, y de otro el incumplimiento de determinadas condiciones exigidas en los pliegos. Dado que la pretensión de la recurrente consiste en la exclusión de las ofertas de las dos licitadoras que permanecen en el procedimiento de licitación a los efectos de su declaración como desierto, se examinará en primer lugar todos los defectos que se imputan a la oferta de FCC, pues de su apreciación depende la suerte estimatoria o desestimatoria del recurso.

Antes de examinar cada una de las concretas infracciones invocadas, cabe señalar que la consideración de que la indicación de la procedencia de la subcontratación del servicio de trituración ya fue objeto de pronunciamiento por este Tribunal en su Resolución 60/2015. Se trata de 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, como invoca la adjudicataria. 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 resultado 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 no ser 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.

Por lo tanto procede inadmitir el recurso por este motivo.

Sexto.- Defectos imputables a la oferta de FCC.

1. Inclusión de documentación relativa a elementos de la oferta valorables de forma automática en el sobre de documentación relativa a los criterios valorables mediante juicio de valor.

En este caso, el PCAP regulador de la licitación establece como criterios para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, una pluralidad de criterios, tanto objetivos como subjetivos. En concreto entre las mejoras el apartado E), del punto 10.1 del Anexo I del PCAP contempla “Equipos, vehículos, maquinaria, y otros elementos o medios auxiliares que el licitador considere necesario aportar”. Se trata de equipos distintos de aquellos que el pliego considera de aportación (reposición) obligatoria que se recogen en el apartado 5.2 del PPT, (10 cabezas tractoras de dos ejes para enganche de semirremolque con brazo hidráulico, 11 semirremolques de tres ejes con equipo elevacontenedores, 25 contenedores de

compactación de acero, 7 líneas de compactación, 1 compactador de residuos para vertedero, 1 tractor de cadenas, una barredora de viales, y un furgón taller).

Por otro lado el PCAP contempla específicamente este supuesto, reforzando de forma intencionada, fundada en la anterior Resolución de este Tribunal que anulaba la convocatoria del contrato, en la que se especifica que “(...) *Se prestará especial atención a evitar incluir en este apartado cualquier información técnica o económica de medios materiales no solicitados como reposición obligatoria por el presente Pliego.*

El incumplimiento de cualquiera de las directrices anteriores, será motivo de exclusión de la oferta presentada por el licitador.”

No requiere de ulterior interpretación la expresión, resaltada además en negrita en el propio PCAP, de que los licitadores evitaran incluir cualquier información relativa a los medios materiales no solicitados como de reposición obligatoria, -esto es las mejoras del apartado E-, en el sobre 2, estableciendo además que la sanción a tal incumplimiento sería la exclusión de la oferta.

Ninguna duda cabe de la dicción literal del pliego, que el tratamiento que debe darse a la mejora del punto E, en nada difiere del resto de mejoras previstas consistentes en la ampliación del número de elementos a aportar respecto de los de reposición obligatoria. De esta forma las mejoras valorables de forma automática serán tanto el incremento del número de medios de reposición obligatoria, como la aportación de otros medios necesarios para la prestación del contrato.

El artículo 150.2 del TRLCSP dispone que “*La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba*

hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.”

Las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios técnicos en los casos en que su cuantificación dependa de un juicio de valor, no son meros requisitos formales del procedimiento sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando son conocidos los de parte de los licitadores solamente, implicar desigualdad en el trato de los mismos. La obligación de guardar secreto de las ofertas se vincula con el principio de igualdad de trato recogido entre otras muchas en las Sentencias del TJUE Concordia Bus Finland de 17 de septiembre de 2002 y la Sentencia SIAC Construction de 18 de octubre de 2001.

La razón de ser de que la valoración de tales criterios sometidos a juicio de valor, se realice antes de conocer la oferta económica es evitar que ese conocimiento pueda influir en la valoración a realizar y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. No es preciso acreditar que dicha influencia se ha producido, sino que basta con que se haya podido producir, tal y como ha señalado este Tribunal entre otras en la Resolución 143/2014, de 10 de septiembre.

A ello responde la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece que *“la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos.”* Por ello, tanto el orden de apertura, como el contenido de los sobres no

solo son requisitos o exigencias contenidos en las cláusulas del PCAP, sino que derivan de una exigencia legal.

Procede ahora examinar cada uno de los elementos en los que la recurrente considera que se ha vulnerado el orden de apertura de las ofertas. En concreto material y equipo de trabajo y limpieza en la caracterización de residuos, información relativa a la disposición de torres de iluminación, medios materiales y las características técnicas del servicio de seguridad y existencia de telefonía móvil en cada uno de los vehículos.

- Material y equipo de trabajo y limpieza en la caracterización de residuos: Aduce la recurrente que en las páginas 91 y 92 del Tomo A del Sobre nº 2 de la oferta de FCC, se incluyen como material y equipo de trabajo y limpieza en la caracterización de residuos una serie de medios materiales que no son puestos a disposición por parte de la Mancomunidad del Sur, ni forman parte los equipos de reposición obligatoria. En concreto menciona una pala mecánica para la realización de la manipulación inicial, una o dos mesas de triaje, una báscula de plataforma, diversos recipientes, palas, cepillo, etc.

Por su parte, el informe del técnico de valoración remitido por el órgano de contratación indica que el PCAP y el PPT, en los capítulos correspondientes a la definición de la documentación a presentar por los licitadores en el concurso, solicita en el apartado g) la “Definición de la metodología para llevar a cabo la analítica de composición cualitativa y cuantitativa de los residuos”, por lo que considera que *“la enumeración de medios humanos y materiales necesarios para la caracterización que efectúa FCC responde a dicho requerimiento de los Pliegos del concurso y por tanto no se considera que pueda vulnerar en modo alguno el secreto de las proposiciones”*.

FCC a su vez alega que la simple lectura pone de manifiesto que no existe una descripción tal de los bienes enumerados que permita intuir la carga económica

o financiera del bien; no revela la composición exacta, sus características técnicas, y, por tanto, sería imposible determinar el precio y que la información que FCC incluye en el capítulo 8 del tomo A de su sobre nº 2, es la descripción exhaustiva de la metodología de analítica de los residuos que llevará a cabo durante el contrato, correspondiéndose, por tanto, con las exigencias del Apartado 11.A.g) del Anexo I del PCAP y que lo que FCC ha ofertado es la subcontratación de la tarea de analítica de residuos a una empresa externa que se encargará de la totalidad del servicio, que ya ha sido admitida por este Tribunal.

Examinada la oferta de FCC, se comprueba que en el Sobre 2, Tomo A, apartado 8 “Definición de la metodología para llevar a cabo la analítica de composición cuantitativa y cualitativa de los residuos”, se contiene un apartado de materiales y equipamiento necesario, en el que se indica “*Se dispondrá de los siguientes materiales y equipamiento que se describen a continuación, de cara a realizar las actividades descritas anteriormente de forma eficaz y con las garantías de seguridad necesarias*”, contemplando tanto material de protección para los trabajadores, como material y equipo de trabajo y limpieza, en concreto: Pala mecánica. Para realizar la manipulación inicial, la homogeneización y la toma de muestra, una o dos mesas de triaje (dimensiones mínimas 2 x 2 metros), báscula de plataforma (mínimo 600 x 600 mm), de acero inoxidable, diversos recipientes (contenedores, capazos) de capacidades diversas, palas, cepillos, cortadores, conos señalizadores, cinta de balizamiento, imanes, material de limpieza.

En el apartado 8 del Tomo A, se describe la caracterización de residuos y cada una de las operaciones que comprende que necesariamente implican la utilización de material y maquinaria específica, por ejemplo a la hora de realizar la operación de homogeneización se indica “*Si esta homogeneización se realiza con pala o tractor*”, o en cuanto a la separación de residuos se distinguen en función de su peso, lo que requiere de una balanza, o en el caso del peso de la muestra y apertura de bolsas, “*se dispondrá la Muestra sobre una superficie limpia. Es*

preferible que esta superficie esté elevada (mesa de trabajo) de modo que se faciliten las tareas de caracterización.”

La enumeración de la mayoría de los elementos materiales contemplados en la descripción de las operaciones de caracterización, no contiene información técnica o económica, como el caso de la pala, las mesas de triaje y los recipientes, cepillos etc., por lo que respecto de los mismos no se observa que se hayan incumplido las previsiones del PCAP para salvaguardar el orden de apertura de ofertas. Caso distinto es el de la báscula de pesaje respecto de la que se especifica *“Báscula de plataforma (mínimo 600 x 600 mm), de acero inoxidable. Con pesaje máximo hasta 300 kilogramos y precisión de 50 gramos. Dotada de visor electrónico, dígitos retroiluminados, botón de tara, sumador de pesadas, alimentación 220V/9V, batería interna recargable de 200 horas de autonomía, teclado estanco, nivel y pesos regulables”*.

En este caso las instalaciones cuentan de acuerdo con el Anexo II del PPT con varias básculas de pesaje, cuyas características es cierto que no constan (2 en Pinto, 4 en Leganés, 2 en las Rozas, 1 en la ET el Arroyo, y 1 en la ET Colmenar de Oreja), pero puede considerarse que se trata de material con el que ya cuentan las instalaciones de manera que no se está ofertando su adquisición. Todo ello sin perjuicio de que lógicamente el adjudicatario tendrá que adscribir al servicio aquellos elementos que no siendo preexistentes sean necesarios para el desarrollo de las operaciones que se describen.

No se produce un trato discriminatorio respecto de la oferta de Urbaser, puesto que en su caso el elemento recogido indebidamente en el sobre 2 estaba perfectamente definido al indicar que *“El vehículo utilizado será un Renault Traffic Passenger Combi o similar y tendrá las siguientes características técnicas”*, para a continuación definir entre otras, tipo de motor, carburante, potencia máxima, cilindrada, número de cilindros, número total de válvulas, par máximo, especificando además sus prestaciones, consumos, dimensiones etc. De esta forma la descripción del vehículo contenía suficiente información técnica como para su perfecta

identificación, y además se indicaba específicamente que se “*dotará al servicio*”, del vehículo, por lo que el recurso hubo de ser estimado.

- Torres de iluminación. Señala la recurrente que en el tomo A del Sobre nº 2 se incluye información relativa a la disposición de las torres de iluminación y horas de funcionamiento. Por su parte el técnico de valoración considera que FCC en realidad lo que propone es un grupo electrógeno al que se acopla una torre de iluminación, y señala que la fotografía que se incorpora a la oferta de FCC muestra una torre de iluminación del vertedero de Pinto, añadiendo que dentro de la relación de maquinaria fija adscrita a la explotación del vertedero se incluyen tres grupos electrógenos de 30 KVA y uno de 65 KVA, por lo que sin perjuicio de la dificultad de identificar en la fotografía el concreto grupo electrógeno, entiende que no se produce vulneración del PCAP por ofrecer un elemento adscrito a la explotación del vertedero.

FCC asimismo alega que “*Sorprende esta afirmación por parte de URBASER que, como se ha apuntado, es la empresa que presta el servicio y sabe que las torres de iluminación sí se incluyen en la maquinaria fija que la Mancomunidad tiene en el Depósito Controlado de Pinto.*”

En la oferta de FCC consta respecto de la operación de tratamiento de residuos que “*En los turnos de trabajo en los que la iluminación natural sea insuficiente se dispondrán torres de iluminación para permitir las operaciones de tratamiento de los residuos*”. En principio no se vulneraría el PCAP ni el secreto de las ofertas en tanto en cuanto no se ofrecen datos sobre las torres, ni técnicos, ni económicos, pero sí se aporta una fotografía, que como indica el órgano de contratación, muestra un grupo electrógeno con una torre de iluminación. Esto no obstante habiéndose tomado la fotografía en el vertedero de Pinto, sobre elementos existentes en el mismo y contando las instalaciones de acuerdo con el PPT con varios grupos electrógenos, puede considerarse que se trata de material con el que ya cuentan las instalaciones de manera que no se está ofertando su aportación, sino

explicando que se utilizará para permitir las operaciones de tratamiento de residuos cuando la luz no sea suficiente.

Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo.

- Se aduce también que en la oferta de FCC se definen ampliamente los medios materiales y las características técnicas del servicio de seguridad, recogiendo los elementos ofertados. En concreto se señala que se subcontratará un servicio de seguridad con central de alarmas, dos vigilantes, con vehículos de inspección, perros y sistemas de video vigilancia.

Por su parte el órgano de contratación señala que se trata de un elemento a subcontratar y que por tanto, al igual que en el caso de la trituración de residuos, su inclusión en el sobre 2 no constituye ninguna infracción de los principios de la contratación.

Asimismo FCC manifiesta que la oferta de Urbaser también contemplaba el servicio de seguridad y no fue excluida por ello.

En todo caso, comprueba el Tribunal que no se ofrece tampoco aquí ningún dato de tipo técnico o económico que suponga revelar el contenido de la oferta valorable mediante fórmula o porcentaje, no pudiendo considerarse tampoco ninguno de estos elementos como aportación de maquinaria constitutiva de mejoras. Además se trata de respuesta a la obligación establecida en el PPT de contratación de un sistema de seguridad. Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo.

- El último elemento cuya mención en el sobre 2 de la oferta de FCC se considera incorrecto por la recurrente, es el de la telefonía móvil. Señala la recurrente que dentro del plan de trabajo en las plantas de transferencia, la

existencia de telefonía móvil en cada uno de los vehículos propuestos para garantizar con ello el contacto permanente.

En el informe del técnico de valoración se señala que *“la imprecisión de la redacción del párrafo (de la oferta) no permite determinar a juicio de este Asesor, si la dotación de telefonía móvil, a que hace referencia FCC corresponde a un elemento no solicitado por la Mancomunidad o las líneas de telefonía móvil necesarias para la transmisión de datos de localización de vehículos que van implícitas en el sistema de localización de flotas que sí ha solicitado la Mancomunidad (punto 5.2.2 Sistemas de Hardware y Software). Dado que el PPTP exige que la Mancomunidad del Sur disponga de acceso a un módulo informático de localización de la flota de vehículos del Servicio a tiempo real, se hace necesario para el adjudicatario implantar sistemas de transmisión de datos de geolocalización de modo permanente ‘en tiempo real’ al servidor de la Mancomunidad del Sur, esto es líneas y sistemas de telefonía móvil implantados en cada vehículo controlado por GPS”*.

La telefonía móvil no es un medio de reposición obligatoria ni de los que la Mancomunidad pone a disposición del contrato, pero sí que constituye una obligación contemplada en el PPT por lo que este Tribunal considera que la indicación de que todos los vehículos contarán con telefonía móvil responde a dicha obligación, sin que por otra parte la oferta contenga datos técnicos o económicos sobre los elementos de telefonía.

2. Procede ahora examinar los incumplimientos del PPT alegados por Urbaser de la oferta de FCC.

Debemos partir de la consideración de que como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas 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) tal y como señala el artículo 145 del TRLCSP que obliga a que las proposiciones de los interesados se ajusten a lo previsto en el PCAP y 116 al PPT, suponiendo su presentación la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de dichas cláusula sin salvedad o reserva alguna, debiendo estar y pasar por ellas.

Se aduce diversos incumplimientos en la oferta de FCC, en concreto respecto del horario de la E.T. de las Rozas, de las especificaciones técnicas del disco duro del ordenador portátil, de la plantilla, y sobre la aportación de semirremolques.

- Horario de la E.T. de las Rozas: Afirma la recurrente que el PPT establecía el horario de funcionamiento mínimo de las diferentes Estaciones de Transferencia objeto del contrato, estando previsto para la ET de las Rozas un horario mínimo para los días laborables de 23:00 a 16:30 h, los festivos: de 23 a 16 h. y los domingos: de 23.00 a 06:00 h. sin embargo, FCC oferta en su propuesta 1 hora diaria para dicha estación de transferencia, de 23 a 24 h.

Señala el órgano de contratación sobre esta cuestión que *“Este periodo de apertura es tan manifiestamente incompatible con las necesidades del Servicio a prestar y con lo solicitado en los Pliegos de la Mancomunidad del Sur, que tan solo cabe deducir que se trate de un error de transcripción por parte de FCC a la hora de redactar la oferta.*

Este Asesor realizó en el momento de emitir el Informe de valoración del Sobre 2 la comprobación del horario de apertura real que proponía FCC. Para ello se tuvo en consideración que la oferta de FCC prevé la siguiente dedicación de plantilla a las labores de explotación de la E.T. Las Rozas”.

Por su parte FCC reconoce que se trata de un error material manifiesto rectificado en otros lugares de la oferta.

Examinada la oferta de FCC se comprueba que en el apartado 2.5, del Tomo B del sobre 2 “DISTRIBUCIÓN DE LOS TURNOS DE TRABAJO, JORNADAS Y PLANTILLA DE PERSONAL”, propone para la planta de las Rozas tres operadores 363 días al año con una jornada de 8 horas, lo que supone tres turnos de trabajo de 8 horas, esto es 24 horas al día, durante 363 días.

En este caso en la oferta de FCC parece haber una discordancia interna puesto que el personal y número de horas de trabajo previsto para la E.T. las Rozas, obviamente no es necesario para la prestación de una hora de servicio al día, lo que no puede obedecer más que a un error. Ello permite corregir el error teniendo en cuenta los datos de personal que además se ajustan a las exigencias del pliego sin que, a juicio de este Tribunal, ello constituya modificación o alteración de la oferta, cuando el error es fácilmente superable. La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 2002, Tideland Signal/Comisión, dictada en el asunto T-211/02, en su apartado 37, ha señalado que aun cuando los comités de evaluación no estén obligados a solicitar aclaraciones cada vez que una oferta esté redactada de modo ambiguo, tienen la obligación de actuar con una determinada prudencia al examinar el contenido de cada oferta, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indiquen que la ambigüedad puede explicarse probablemente de modo simple y que puede ser fácilmente disipada, siendo contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que desestime la oferta de que se trate sin ejercitar la facultad de solicitar aclaraciones.

Además, el principio de proporcionalidad aplicado a un procedimiento de adjudicación exige que cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga a que al enfrentarse a una oferta que aunque no se ajusta al modelo establecido o no sigue el orden formal de exposición de las cuestiones técnicas y una integración del conjunto del contenido de la misma podría

garantizar la seguridad jurídica, se opte por ésta en vez de por la desestimación pura y simple de la oferta (en este sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 2009, del TGUE, dictada en el asunto T-195/08, apartado 57). Una interpretación estricta de los requisitos formales llevaría a la desestimación por errores materiales manifiestos e insignificantes de ofertas económicamente ventajosas, lo cual no puede conciliarse con el principio de eficiente utilización de los fondos públicos.

Habiendo actuado el técnico que realizó el informe de valoración, de acuerdo con los anteriores parámetros, no cabe estimar el recurso por este motivo.

- También se afirma en el recurso que FCC incumple las especificaciones mínimas del ordenador portátil exigido por la Mancomunidad en la página 18 del PPT, tanto en la capacidad del disco duro que proporciona como en la omisión de que tenga MS Office instalado. A lo que el órgano de contratación contesta reconociendo que el ordenador portátil exigido no cumple con las características señaladas en el PPT, pero que la incidencia de la capacidad del disco duro en la correcta prestación del servicio por el adjudicatario es irrelevante, puesto que el ordenador solicitado se pretende emplear desde la Mancomunidad del Sur en las labores propias de su actividad en cuanto al control de gestión del Servicio.

En cualquier caso y dado que tal como afirma el recurrente, los Pliegos de Condiciones constituyen la “Ley del Contrato” y que la presentación de oferta por parte de FCC supone la aceptación incondicionada de los Pliegos, la Mancomunidad del Sur velará frente a cualquier adjudicatario del contrato porque los suministros solicitados sean acordes con lo estipulado en los Pliegos.

Si bien es cierto que los pliegos son la ley del contrato y no pueden relativizarse, en este caso y teniendo en cuenta las vicisitudes del contrato, lo cierto es que el ordenador portátil no es objeto de valoración, sino que se trata de un medio a aportar por el adjudicatario, para la ejecución del contrato. Efectivamente el apartado 5.2.2 del PPT señala que *“El Adjudicatario deberá implantar el hardware y*

software necesarios para la gestión y control telemático automatizado de instalaciones, en el plazo máximo de seis (6) meses desde la firma del contrato” (...) y en el mismo apartado que *“se suministrarán 4 equipos informáticos tipo Tablet (...)”* con las características que indica y que son precisamente las que, según se aduce, no encajan con la oferta de FCC.

En este caso nos hallamos ante una obligación atinente al cumplimiento del objeto del contrato, durante la ejecución del mismo, habiendo ofrecido la adjudicataria aportar equipos que mejoran las características de los previstos en el PPT. Desde esta óptica y teniendo en cuenta la proporcionalidad que debe estar presente en también en las resoluciones del recurso especial, este Tribunal considera que la aportación del material de informática exigido deberá responder a las especificaciones del PPT, el adjudicatario deberá acreditar y el órgano de contratación exigir que los ordenadores que se faciliten a la Mancomunidad respondan a las exigencias del PPT.

- Respecto de la plantilla aduce la recurrente que según el PCAP era obligatorio el mantenimiento de una plantilla de, al menos, 126 trabajadores durante dos años, pero que FCC incumple dicha cláusula de mantenimiento laboral de los puestos de trabajo necesarios para la correcta prestación del servicio, ya que la suma de trabajadores ofertados en el Sobre nº 2 es de 125.

El órgano de contratación manifiesta que no se comprende el argumento empleado por el recurrente, porque *“FCC, al igual que el resto de licitadores, ha calculado y justificado en su oferta las necesidades de personal en base a su propuesta de gestión del Servicio y del cálculo realizado obtiene una plantilla teórica necesaria de 125 trabajadores, lo cual no es óbice para que no proceda a la subrogación de la totalidad de la plantilla. La subrogación de la totalidad de personal y el mantenimiento durante dos años de la extensión de la plantilla subrogada, tanto en el caso de adjudicación a FCC como en el de adjudicación a cualquier otro licitador, se asegura por la Mancomunidad del Sur mediante la formalización por escrito del compromiso del adjudicatario, previo a la firma del contrato.”*

FCC alega que *“Es claro que un mismo puesto de trabajo puede ser cubierto por dos personas distintas, bien sea por turnos de rotación, bien por bajas, bien por contratos de relevo, y demás posibilidades laborales. Que el cálculo de puestos de trabajo o plantilla equivalente sea inferior al número de trabajadores a subrogar no es un incumplimiento, sino una consecuencia lógica de cualquier estructura laboral.”*

El PCAP establece la obligación de subrogación de trabajadores y de mantenimiento de la plantilla mínima actual (126 trabajadores) durante dos años.

Señala FCC en su oferta punto 2.5 distribución de los turnos de trabajo, jornadas y plantilla de personal, del Plan de Explotación que *“Se indican a continuación los puestos de trabajo, la distribución de los turnos de trabajo, las jornadas de trabajo y la plantilla equivalente para cada categoría de personal con la que se contará para la explotación de las instalaciones”*, resultando la suma de la plantilla equivalente en horas un total de 125 trabajadores como aduce la recurrente.

Este Tribunal ha señalado en múltiples ocasiones que la obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio de que se trate deriva del artículo 44 del ET, en función de los convenios colectivos de aplicación. Pero que, una vez que los trabajadores subrogados pasan a formar parte de la plantilla de la nueva empresa, podrá adscribirlos o no al contrato indicado o a cualquier otra actividad y establecer sus condiciones de trabajo, dentro del ámbito de la facultad de dirección empresarial cumpliendo la normativa laboral vigente, puesto que la subrogación implica la asunción o sucesión del adjudicatario en los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral entre el empresario que vinera prestando el servicio y sus trabajadores, pero no significa que dicho personal deba ser adscrito necesariamente a la prestación del servicio contratado.

Tal como señala el órgano de contratación no se trata del cumplimiento de la obligación de subrogación, sino del compromiso autónomo de mantener durante los

dos primeros años del contrato la plantilla que lo viene ejecutando de 126 trabajadores, sin que pueda considerarse que plantilla mínima, personal a subrogar y necesidades de personal para la realización de cada tarea deban coincidir necesariamente, como consecuencia de la incidencia sobre estos conceptos de las vicisitudes propias de las relaciones laborales. Aunque FCC analiza las necesidades de personal y considera suficiente una plantilla de 125 trabajadores eso no es incompatible con que por otra parte, asuma la obligación que impone el pliego de mantenimiento de la plantilla actual que se eleva a 126 trabajadores.

- Por último en relación con los semirremolques exigidos como medios o materiales de reposición obligatoria para todos los licitadores, señala la recurrente que FCC incumple la capacidad de carga mínima exigida en la página 18 del PPT para los 11 semirremolques exigidos. En concreto que siendo la capacidad mínima de carga exigida de 25.000 kg incluido el contenedor, en la oferta de FCC, en el Tomo E “Especificaciones técnicas de los medios materiales a aportar por el adjudicatario”, consta como peso máximo autorizado del semirremolque 24.000 kg.

El órgano de contratación después de manifestar que *“No se comprende que el recurrente, que como se ha mencionado anteriormente es una mercantil de reconocida y acreditada solvencia técnica y profesional en el sector, ponga el foco de atención sobre un dato descontextualizado y parcial para justificar un argumento técnico que debería analizar con mayor detalle.*

A mayor abundamiento, el modelo de semirremolque propuesto por FCC en el Tomo E de su oferta técnica es el CAYVOL SRMV 30/84 CA que, además de ser el mismo modelo propuesto como equipo de trabajo en el Tomo E de la oferta del recurrente, es uno de los modelos de semirremolque puesto a disposición del Servicio por la Mancomunidad del Sur y empleado actualmente por el prestatario del Servicio que es URBASER, S.A.”, explica pormenorizadamente adjuntando un gráfico al respecto que al analizar la capacidad de carga del conjunto tal como estipula la normativa de tráfico vigente, se obtiene una capacidad de carga de 26.380 kg.

Aduce FCC que de nuevo URBASER intenta confundir al Tribunal, pues *“una cosa es la capacidad de carga y otra bien distinta el peso máximo permitido, la diferencia entre el peso máximo permitido y el peso en vacío será el que determine la carga posible.”*

Efectivamente el modelo semirremolque ofertado según los datos que constan en la oferta tiene peso máximo autorizado del conjunto (cabeza tractora +semirremolque) de 40.000 kg. El peso en vacío del conjunto es de 13.260 kg, de manera que el resto que constituye la capacidad de carga son 26.380 kg, que supera los 25.000 kg solicitados.

De acuerdo con lo anterior este Tribunal considera no hay incumplimiento y que debe desestimarse el recurso por este motivo.

Dado que no procede la exclusión de la oferta de FCC y que la pretensión de la recurrente era la de obtener la exclusión de ambas licitadoras con el objeto de que la licitación fuera declarada desierta, no es preciso examinar las cuestiones aducidas respecto de la oferta de CESP.A.

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 interpuesto por don G.A.S., en nombre y representación de URBASER, S.A., 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 lo que se refiere al motivo relativo a la subcontratación del servicio de trituración, por cosa juzgada.

Segundo.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación en cuanto al resto de las pretensiones hechas valer por la recurrente.

Tercero.- Levantar la suspensión automática mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 10 de junio de 2015.

Cuarto.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la formulación de la cuestión de nulidad por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Quinto.- 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.