

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

En Madrid, a 26 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don R.P.V., en nombre y representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (FCC), contra el Decreto de fecha 13 de octubre de 2014, del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, por el que se adjudica el contrato denominado “Gestión del servicio público de recogida y transporte de residuos en la zona periférica de la ciudad de Madrid”, nº de expediente: 131/2014/12376, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Madrid, en sesión celebrada el 24 de julio de 2014, acordó autorizar el contrato “Gestión del servicio público de recogida y transporte de residuos en la zona periférica de la ciudad de Madrid”, mediante procedimiento abierto y con criterios de adjudicación valorables mediante cifra o porcentaje.

El contrato se califica como gestión de servicios públicos, con un plazo de duración de 13 meses y gastos de establecimiento por importe de 5.027.850,78 euros. El Presupuesto base de licitación asciende a 75.765.446,25 euros sin IVA.

Con fecha 29 de julio de 2014, se publicó el anuncio de licitación en el Diario Boletín Oficial del Estado y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron tres ofertas, una de ellas la de la recurrente, en la que concurre la condición de anterior adjudicataria del servicio.

Una vez examinada la documentación administrativa, que fue correcta en el caso de todas las licitadoras, tal y como consta en el acta correspondiente al acto público de la Mesa de contratación de 19 de agosto de 2014, se procedió a la apertura de las ofertas económicas de las licitadoras el día 25 de agosto, dándose pública lectura de las mismas y acordando remitirlas para informe técnico correspondiente.

Con fecha 19 de septiembre se emite el informe de valoración proponiendo la adjudicación a las empresas Urbaser S.A. y Cespa Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A., que concurrían en compromiso de UTE, a la que se asignan 65 puntos con un porcentaje de baja del 10,70% frente al 0,72 de la recurrente.

Finalmente una vez aportada por la compañía anteriormente indicada la documentación precisa para la adjudicación del contrato, esta se produjo mediante Decreto de 13 de octubre de 2014, que se notificó a la recurrente el día 15 de octubre siguiente, siendo formalizado el contrato dos días más tarde el 17 de octubre.

Tercero.- El día 6 de octubre la recurrente solicitó vista del expediente, en concreto de todas las ofertas íntegras de las demás licitadoras, así como todos los informes que valoren las ofertas y la viabilidad de las mismas, para evitar la situación de indefensión ante la clasificación efectuada. Dicho escrito fue contestado por otro de fecha 9 de octubre, señalando que el acceso al expediente no procedería hasta tanto el procedimiento estuviera terminado. De forma que una vez adjudicado el contrato, el 14 de octubre, se solicitó de nuevo vista del expediente.

Con el objeto de proceder a dicho acceso y a la vista de las alegaciones de confidencialidad de parte de las ofertas de las licitadoras, se elaboró un informe en relación con aquéllos aspectos e información de las ofertas a los que la recurrente no podría acceder, con fecha 16 de octubre, en base al que se dictó el Decreto 692, de la misma fecha, por el que se declara la confidencialidad del Tomo II B.1 de la oferta de la adjudicataria, y en concreto los documentos B.1.2 “*Cálculos y dimensionamiento*” y B.1.4 “*Información Gráfica*”, lo que se notificó a la recurrente el día 17 de octubre, dándole acceso a todo el resto del expediente.

Cuarto.- El 29 de octubre de 2014, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. (en adelante FCC), interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, en el que solicita que se anule la adjudicación y se ordene la retroacción de actuaciones al momento previo a la valoración de las proposiciones de los licitadores.

En el recurso presentado se afirma que la calificación, por el órgano de contratación, del contrato adjudicado como un “contrato de gestión de servicios públicos” en su modalidad de “concesión” no impide la recurribilidad de su adjudicación mediante el recurso especial, pues tal calificación no vincula al Tribunal, considerando incuestionable que estamos ante un contrato de servicios de

los regulados en el artículo 10 del TRLCSP, al no concurrir el riesgo preciso en la explotación del servicio, a su entender, para su calificación como contrato de gestión de servicios públicos.

Asimismo aduce la nulidad de pleno derecho de la adjudicación por la imposibilidad de determinar el precio cierto del contrato. Esgrime también determinados incumplimientos en la oferta de la adjudicataria que deben determinar su exclusión, en concreto la obligación de reflejar turnos diurnos de recogida de pilas y baterías usadas contemplada en la cláusula 10.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), y el incumplimiento relativo a la obligación de aportación documental y, en concreto, a la omisión de la descripción detallada de los vehículos y maquinaria a aportar al servicio y del Plan de Residuos recogidos en la cláusula 13.7 del PPT.

Otro de los motivos por el que solicitan la anulación de la adjudicación es que a su juicio, la oferta de la UTE adjudicataria no acredita en modo alguno su viabilidad técnica, tal y como expresamente requieren los Pliegos.

Por último, alegan falta de motivación del acuerdo de adjudicación impugnado.

La interposición del recurso se comunicó al órgano de contratación, requiriéndole para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCSP, remitiera el expediente administrativo e informe preceptivo, lo que verificó el 5 de noviembre de 2014, habiéndose completado dicho expediente a solicitud de este Tribunal, al faltar el volumen B.1.4 de información gráfica de la oferta de la adjudicataria, el 18 de noviembre.

El informe del órgano de contratación, mantiene la corrección de la calificación jurídica del contrato licitado, lo que determinaría la improcedencia del

recurso especial en materia de contratación, al no superar su plazo de duración los 5 años fijados como umbral en el artículo 40.1.c) del TRLCSP.

Así mismo mantiene la corrección de la decisión de adjudicación del contrato a las empresas adjudicatarias en compromiso de UTE, remitiéndose a un informe de la Dirección General de Zonas Verdes, Limpieza y Residuos que acompaña, en los términos que expondremos, en su caso, en los fundamentos de derecho en que se examine el fondo del asunto. Respecto de la falta de motivación afirma este último informe que *“la insuficiente motivación alegada por el recurrente se contradice al emplear él mismo en el propio recurso especial presentado, argumentos que se señalan expresamente en el contenido del informe técnico de fecha 19 de septiembre de 2014, como es el caso de la no justificación del dimensionamiento de los servicios complementarios, la ausencia de las fichas de los vehículos técnicos propuestos, etc.”*

Quinto.- Habiendo sido solicitada la suspensión del procedimiento de licitación, con fecha 29 de octubre de 2011, este Tribunal acordó denegar la misma al haber sido ya formalizado el contrato, sin que en virtud de su calificación jurídica correspondiera su suspensión automática en los términos del artículo 45 del TRLCSP, y al entender que la no suspensión no determinaría la pérdida de la finalidad legítima del recurso, a la luz del examen de los intereses presentes.

Sexto.- Con fecha 6 de noviembre de 2014, se dio trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento habiéndose presentado escrito de alegaciones por la adjudicataria del contrato, con fecha 13 de noviembre de 2014, de cuyo contenido por claridad expositiva daremos cuenta al examinar cada una de las cuestiones planteadas por la recurrente. Si bien debemos destacar, respecto de los concretos incumplimientos aducidos por la recurrente, que la alegante esgrime la discrecionalidad técnica que preside la actuación de los órganos de contratación en la valoración de las ofertas presentadas, que a su juicio no puede ser sustituida por

el juicio del Tribunal, y que las alegaciones planteadas por la recurrente afectarían, no a la legalidad del proceso de adjudicación, sino al ámbito de ejecución del contrato respecto del que este Tribunal carece de competencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Antes de entrar al fondo del presente recurso, corresponde examinar la competencia del Tribunal habida cuenta de las alegaciones de las partes.

El contrato cuya adjudicación es objeto del presente recurso ha sido calificado por el órgano de contratación como contrato de gestión de servicio público en su modalidad de concesión, habiéndose previsto gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros, pero no superando la duración de cinco años, establecida en el artículo 40.1.c) del TRLCSP como umbral de la procedencia del recurso especial. De esta forma tratándose de elementos que deben concurrir de forma conjunta, prima facie no cabría recurso especial en materia de adjudicación contra la adjudicación del contrato, así calificado.

Sin embargo, una de las cuestiones hechas valer por la recurrente en su recurso es precisamente la de la calificación del contrato, que a su juicio, no puede ser la de contrato de gestión de servicios públicos, por lo que obviamente este Tribunal debe entrar a considerar tal cuestión con carácter previo al examen del resto de las hechas valer en el recurso.

Debe ponerse de manifiesto con carácter previo al estudio de la cuestión, habida cuenta de lo alegado por el órgano de contratación, que el hecho de que el recurrente haya concurrido a la licitación, -vinculado obviamente por los pliegos -, carece de eficacia alguna respecto de la calificación jurídica del contrato, puesto que como ya decíamos en el Acuerdo de 29 de octubre de 2014, dictado en el seno de este mismo recurso, por el que se deniega la procedencia de la suspensión

automática en este procedimiento de licitación, *“La circunstancia de que, para evitar la pérdida del efecto útil del recurso, y que a través de la clasificación incorrecta de un contrato se pueda obviar el control por parte de los órganos encargados del recurso especial, estos órganos revisen en sus resoluciones dicha calificación, no afecta a todo el régimen jurídico del contrato, sino que solo tiene eficacia de cara a la apreciación como cuestión de orden público de la propia competencia del Tribunal, y por lo tanto no tiene incidencia en la procedencia o no de la suspensión automática, de cara al órgano de contratación, como así se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones (vid. Resoluciones 48/2014, de 19 de marzo y 60/2014 de 2 de abril), así como en la Memoria de este Tribunal correspondiente al año 2013 publicada en su página web”*. De esta forma queda claro que se trata de una cuestión de orden público apreciable de oficio por el propio Tribunal sin necesidad de ser invocada, por lo que ninguna eficacia respecto de su apreciación puede tener que el recurrente haya licitado aceptando el PCAP en todos sus términos, aunque debemos reconocer lo inusual de dicho comportamiento.

Aduce en síntesis la recurrente en relación con esta cuestión, que para que haya un contrato de concesión de servicios públicos, excluido del ámbito del recurso especial, es preciso que el servicio de que se trate, sea susceptible de ser explotado económicamente y se retribuya, al menos parcialmente, atribuyendo al contratista el derecho a su explotación económica, trasladándole el riesgo de tal explotación, siendo así que en este caso según argumenta, no se produce ninguno de los requisitos anteriores.

Por su parte el órgano de contratación, además de señalar la vinculación de la recurrente a la calificación jurídica del contrato efectuada en los pliegos, considera que el contrato debe ser considerado como gestión de servicio público, tanto a la luz del derecho interno, configurador del servicio público de recogida y transporte, como a la luz del derecho comunitario.

Asimismo la UTE CESP-URBASER, manifiesta que sin perjuicio de la facultad del Tribunal para comprobar la calificación jurídica del contrato a efectos de determinar su propia competencia, *“sorprende que siendo la recurrente la adjudicataria de este Contrato desde hace décadas, y que desde siempre ha sido configurado como un contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión, venga a discutir ahora dicha naturaleza una vez que no ha resultado adjudicatario en la concesión”*, para, a continuación, alegar que la calificación del contrato es adecuada a Derecho, entendiendo que la normativa aplicable es la definida en el PCAP y no las Directivas comunitarias. Asimismo considera que nos hallamos en presencia de un servicio público y que en todo caso se produce la necesaria transmisión de riesgo al concesionario.

Desde el punto de vista interno, recuerda que artículo 25.1, letra b) de la LBRL establece como competencias de las Entidades Locales las relativas al medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.

Desde el punto de vista del derecho comunitario, considera que el modo de retribución del concesionario implica la asunción del riesgo operacional de la explotación por este, en la forma que explica detalladamente. Así mismo entiende que el riesgo de demanda se traduce en el riesgo a enfrentarse a la competencia de otros operadores y en que no está garantizada la recuperación de las inversiones realizadas, ni cubiertos los costes que el concesionario haya contraído para explotar los servicios objeto de concesión, asumiendo por tanto el concesionario el riesgo de explotación del servicio.

Sentadas las posiciones de las partes en torno a esta cuestión, este Tribunal considera que el establecimiento de una línea diferenciadora entre las concesiones de servicios públicos y aquellos otros contratos en que la Administración

encomienda la gestión de un servicio al contratista pactando un modo de retribución que excluye la asunción del riesgo de explotación por parte de éste, es una cuestión de gran importancia en el ámbito de la contratación. Es cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la conceptualización de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o no depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada.

En efecto la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (en adelante Directiva 2004/18/CE), considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley. Por el contrario, el contrato de gestión de servicio público y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen.

Desde el punto de vista del recurso administrativo especial en materia de contratación esta distinción también es sustancial. Efectivamente, aunque el legislador europeo no incluyó entre los contratos susceptibles de recurso el contrato de gestión de servicios públicos, puesto que no estaba contemplado en las directivas de contratos, el legislador español, sí optó por el sometimiento de este tipo de contratos al control de los órganos encargados del recurso especial, con el ánimo de que ningún tipo contractual quedara exento del mismo, si bien estableciendo otros umbrales para su procedencia.

No es por tanto baladí la caracterización de un contrato dentro de un tipo

contractual u otro desde la perspectiva de la posibilidad de interponer contra cualquiera de los actos del procedimiento de licitación comprendidos en el párrafo 2 del artículo 40, el recurso especial, planteándose la cuestión de la calificación del contrato a efectos de examinar la propia competencia del Tribunal, impidiendo la posibilidad de que mediante la incorrecta tipificación de un contrato público se incumplan las normas y principios esenciales de la licitación pública. Así lo advierte en la Recomendación 1/2011, de 6 de abril la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional corrigiendo prácticas que puedan eludir la aplicación de las directivas (STJUE de 23 de octubre de 2009), en el mismo sentido las Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales (TCRC) 154/2013 y 220/2011.

Debe partirse de que el examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos, ha de realizarse a la luz de la Directiva 2004/18/CE, en trasposición de la cual se dicta la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público y de su sucesora la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, aun no traspuesta al ordenamiento español. Así, se indica en la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08 Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros, *“La cuestión de si una operación debe calificarse o no de «concesión de servicios» o de «contrato público de servicios» ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (véase en particular la sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. P. I-6657, apartado 31).”*

Desde esta perspectiva el artículo 5.1 b) de la Directiva 23/2014, en términos semejantes al artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, define la concesión de servicios como un contrato en virtud del cual se confía la prestación y la gestión de servicios distintos de la concesión de obra pública cuya contrapartida consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un pago. Añade a continuación recogiendo la doctrina

jurisprudencial del TJUE que *“la adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.”*

De esta forma no es el objeto del contrato, sino la forma fijada para retribuir al contratista, en cuanto determina la asunción del riesgo derivado de la explotación, la que diferencia el régimen jurídico de ambos tipos contractuales (servicios y gestión de servicios públicos), siendo el objeto del contrato de servicios, de acuerdo con la Directiva 2014/24/UE, los contratos públicos cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos de la realización de obras y proyectos.

No resulta así determinante que el contrato tenga por objeto la prestación de servicios públicos, en su concepción clásica, a efectos de deslindar ambos contratos, sin perjuicio de que la actividad objeto de la concesión del servicio deba ser titularidad de una Administración Pública, de manera que no operará la concesión de servicios donde no exista una reserva al sector público; reserva que en este caso resulta de lo establecido en el artículo 25.1.b) de la LBRL.

Pero es que además, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de marzo de 2007, apuntó algunas notas características del concepto servicio público, en los siguientes términos *“con carácter general, una actividad constituye servicio público, en sentido amplio, cuando se trata de la satisfacción de necesidades generales*

mediante una actividad prestacional que pertenece a la esfera de la competencia de la Administración otorgante”.

En este sentido las actividades objeto del contrato de referencia sí pueden ser calificadas como servicio público, como además se establece en el artículo 98 de la Ley 2/2003 de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, *“Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las Entidades Locales”.*

Por otro lado debemos detenernos en el examen de si en este caso concurren el resto de los elementos definidores del contrato de gestión de servicios públicos, esencialmente la traslación del riesgo.

Como hemos adelantado, las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario, (por ejemplo mediante el cobro de tarifas a los usuarios del transporte público, o de una red de teledistribución, por ejemplo STJUE 13 de octubre de 2005 Parking Brixen), habiendo sido incorporadas al elenco normativo comunitario mediante la Directiva 2014/23/UE, como hemos adelantado.

Este concepto de asunción del riesgo se centra en la STJUE 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09 Privater Rettungsdienst, cuando señala que: *“(…) 26 Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 59 y 68 y jurisprudencia*

citada).

37. A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74).”

Cabe citar también la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Wasser) que afirma que: *“De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio.”* (vid. asimismo la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom).

En el mismo sentido se pronuncia el Informe 23/2010, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que califica los contratos como contratos de servicios, en el caso de que no se transfiera al contratista el riesgo de la explotación, señalando que *“De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que*

examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.”

Derivada o íntimamente relacionada con el requisito de asunción del riesgo, se encuentra la circunstancia de que la concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues, esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa.

Aun a riesgo de ser reiterativos debe incidirse en que de las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, son consecuencia, bien del mismo objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

Expuestas las anteriores consideraciones procede examinar el contrato sometido a este Tribunal para determinar su naturaleza, puesto que se trata de una cuestión casuística.

En este caso, aduce la recurrente, que *“el contratista no obtiene ningún rendimiento o ingreso por la venta o comercialización de los residuos para su*

reciclaje o valorización por las entidades que a ello se dedican, sino que dicha retribución consiste, simple y llanamente, en un precio que paga el Ayuntamiento de Madrid y que está prefijado en la adjudicación como contrapartida de la prestación de un servicio público no sujeto a competencia y de suministro obligatorio por el Consistorio, que con tal propósito se auxilia con la colaboración de un contratista”, sin que la circunstancia de que la retribución sea variable sea equiparable con la retribución consistente en el derecho a la explotación económica de un servicio.

A este respecto cabe señalar que, aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario, tal y como entre otras se ha reconocido en Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales, 204/2013, 80/2013 ó 172/2011.

No es determinante, como hemos indicado, que el pago se realice directamente por la Administración o por los particulares, pero sí que el contratista asuma el riesgo de la explotación del servicio, circunstancia que la recurrente considera que no se produce en el presente contrato.

A este respecto el Ayuntamiento de Madrid, sitúa la asunción del riesgo por el contratista, en diversos aspectos:

- El modo de retribución del concesionario implica, la asunción del riesgo operacional de la explotación por éste ya que se pagarán un precio unitario fijo, por tonelada, siendo por tanto su retribución total, la que resulte del número total de toneladas recogidas que puede ser objeto de variación, sin perjuicio de que se parte

de un estudio previo para su cálculo. Considera, por tanto, que la retribución total real del contratista, prima facie, depende del nivel de uso del servicio por los usuarios (nivel de frecuentación).

- A su vez, el riesgo de demanda en el servicio de recogida y transporte, se ve afectado por numerosos factores externos por lo que en el periodo de vigencia del contrato en cuestión, el dato de la generación de residuos es una incertidumbre a la que debe hacer frente el concesionario, al desconocerse la posible evolución que puede sufrir la generación de los residuos en la zona periférica de Madrid, acompañando dicha afirmación con los datos de disminución de la generación de residuos año 2011: -5,09% respecto al año 2010, año 2012: -5,31% respecto al año 2011 y año 2013: -3,43% respecto al año 2012. Se han producido en los últimos años, y de forma reiterada, oscilaciones que han superado el -5%, porcentaje que puede condicionar, de una forma determinante, la rentabilidad de un servicio de este tipo. Refiere en relación con esta cuestión, que el propio recurrente, concesionario del servicio hasta ahora, remitió al Ayuntamiento un escrito de fecha 12 de diciembre de 2013, en el que plantea una serie de objeciones para llevar a cabo la que sería cuarta prórroga del contrato, entre las cuales se señala que *“el escenario actual viene mostrando una significativa reducción en el volumen de recogida de residuos sólidos urbanos”*. Añade como factor de incertidumbre, la evolución de las cantidades a recoger en cada unas de las fracciones de residuos de forma separada, y el traslado que pudiera producirse de una fracción a otra, principalmente ocasionado por la colaboración ciudadana.

- Por último considera que el riesgo de demanda se traduce en el riesgo a enfrentarse a la competencia de otros operadores, ya que de acuerdo con la cláusula 5.3 del PPT, *“la prestación de los servicios objeto de este pliego no tendrán consideración de exclusivos para el concesionario, en lo relativo a residuos comerciales a los procedentes de industrias asimilables a domésticos.”*

Debe por tanto examinarse qué debe entenderse por asunción del riesgo, de nuevo teniendo en cuenta la jurisprudencia comunitaria y la nueva Directiva de concesiones y a efectos meramente interpretativos la Decisión de Eurostat sobre el tratamiento Contable en Contabilidad Nacional de los contratos realizados por unidades de la Administración Pública en el marco de asociaciones con unidades privada, de 11 de Febrero de 2004, incorporada al SEC 95, a efectos del procedimiento de déficit excesivo (PDE) en las Asociaciones Público Privadas. (Reproducida en cuanto a estas cuestiones en el SEC 2010, establecido por el Reglamento (UE) 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea).

En concreto el considerando 18 de la citada Directiva de concesiones ofrece los parámetros interpretativos *“Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. (...)”* y 20 *“Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición*

a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.”

Los elementos que a juicio del Ayuntamiento de Madrid determinan la calificación del contrato como gestión de servicios públicos, se corresponden con el riesgo de demanda que cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debidos a factores ajenos. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las Sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74). En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el

asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada.

Aun cabe señalar que el riesgo de demanda no debería ser determinante para establecer el tipo contractual, en aquellos contratos, en los que el usuario final no tiene libertad de elección en cuanto a los servicios prestados. En este caso hay dos tipos de usuarios destinatarios de la prestación, de un lado los particulares y de otro los establecimientos comerciales e industriales, pudiendo solo estos últimos concertar con otros operadores la recogida de residuos.

Son muchos los ejemplos tanto de la doctrina emanada de los órganos consultivos en materia de contratación, como de los tribunales, en los que se califica los contratos de recogida de residuos, semejantes al que nos ocupa como contratos de servicios. Así por ejemplo la STJUE, de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06 sobre el contrato de recogida de basuras de Hamburgo, o de 21 de enero de 2010, Asunto C17/09 respecto de la recogida de basuras de la ciudad de Bonn, o el Informe 22/2009, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre el contrato de recogida selectiva de residuos en Fuerteventura. Sin embargo, para considerar si estamos o no ante un verdadero contrato de gestión de servicios públicos, debemos centrarnos en el análisis del riesgo, que debe ser examinado al caso concreto.

En este supuesto el sistema de pagos previsto en el PCAP es el de precios unitarios por tonelada recogida tal y como resulta del apartado 13 del Anexo I del PCAP, de manera que es la relación entre precios unitarios (respecto de los que no cabe predicar incertidumbre alguna al ser ofrecidos por los licitadores) y la cantidad de residuos recogidos la que determinará la rentabilidad del servicio. Respecto de este último elemento el PPT en su cláusula 5, puntos 1 y 2, especifica que el adjudicatario está obligado a asumir las variaciones en la recogida, ofreciendo el dato de la cantidad de toneladas recogidas en el año 2013, en su Anexo 2.

Así, de acuerdo con los datos del estudio de explotación económica que constan en el expediente administrativo, el coste estimado del contrato incluyendo los costes de amortización asciende en el año 1 a 62.803.521,44 euros, mientras que los ingresos previstos serían de 69.937.335 euros, y para el año 2 (1mes) los gastos previstos serían de 5.233.626,79 euros y los ingresos de 5.828.111,25 euros.

Aun en el caso de que se produjera una disminución en torno al 5% en la recogida de residuos, lo que reduciría los ingresos en la misma proporción a 66.440.469 euros, se aprecia un margen de unos 4 millones de euros, lo mismo cabe señalar respecto de la prestación de un solo mes. La circunstancia de que la rentabilidad de la prestación del servicios sea mayor o menor no se puede identificar en modo alguno con la posibilidad de no cubrir los costes de tal prestación, y en este caso teniendo en cuenta las circunstancias anteriores resulta difícil situarse en un escenario donde se produzca tal eventualidad, más si cabe teniendo en cuenta la escasa duración del contrato 13 meses que reduce considerablemente la presencia de las circunstancias imprevistas señaladas por el Ayuntamiento, como el descenso en la cantidad de residuos o convenios con otros operadores en el caso de residuos comerciales e industriales.

Por lo expuesto este Tribunal entiende que el contrato cuyos pliegos son objeto del presente recurso no puede encuadrarse en la categoría contratos de gestión de servicios públicos. En consecuencia, teniendo un valor estimado superior a 207.000 corresponde a este Tribunal la competencia para conocer del recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo o 40.1.a) del TRLCSP.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa FCC, S.L. para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, habiendo quedado clasificada su oferta en segundo lugar, con 37,89

puntos.

Asimismo queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que “*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 158. (...)*”.

Habiéndose producido la notificación del Decreto de adjudicación, el día 15 de octubre de 2014, el recurso interpuesto el día 29 del mismo mes, se presentó en plazo.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- La primera cuestión que debe ser objeto de examen es la de la nulidad de la adjudicación por imposibilidad de determinar el precio cierto del contrato.

Considera la recurrente que el Decreto objeto de este recurso es nulo de pleno derecho al adjudicar un contrato por un precio cuya exacta determinación resultaba imposible a la luz de las cláusulas del PCAP, con la consiguiente infracción de los principios esenciales de “precio cierto” e “inalterabilidad de las ofertas”, al amparo de los artículos 32 del TRLCSP y 62.1 a), e), f) y g) de la LRJPAC. Residencia esta pretendida falta de determinación del precio en dos aspectos, de un lado en la variación sufrida en el precio unitario del contrato como consecuencia de su comienzo un mes después de lo previsto, y de otro en la imposible determinación

del precio en el caso de que el contrato se iniciara con posterioridad al 1 de octubre de 2014, lo que supone la nulidad de pleno derecho de la cláusula 5 del Anexo I del PCAP, y con ella de toda la licitación.

Respecto de esta última cuestión, como ya ha declarado este Tribunal en anteriores ocasiones de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 del TRLCSP, *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna”*. De igual modo en reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo se señala el carácter de los pliegos como ley del contrato, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 (RJ/2003/4413), y de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517), que viene a establecer que *“el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por ende fuerza de ley entre las partes”*.

Cabe indicar en primer lugar que, el PCAP no fue recurrido aduciendo la falta de concreción del sistema de determinación del precio, de manera que la recurrente debe estar y pasar por el contenido del mismo. Únicamente ha señalado este Tribunal que puede anularse una adjudicación como consecuencia de defectos imputables a pliegos no impugnados, en su caso, cuando concurra una causa de nulidad de pleno derecho en los mismos que determine la imposibilidad de proceder a realizar una nueva valoración de las ofertas presentadas.

Procede por tanto examinar si se produce este supuesto, a la vista de las alegaciones de la recurrente que en relación con la modificación del precio afirma *“reajustes todos ellos que además de imprevisibles en cuanto a sus criterios y fundamento, resultan en todo caso contradictorios con lo que exigía la cláusula 5 del Anexo I del PCAP”*.

La indicada cláusula 5 establece que *“el retraso en el inicio del contrato respecto de la fecha prevista, dará lugar a una reducción del plazo inicialmente previsto, y en consecuencia de las prestaciones del contratista. Ello supondrá la correlativa reducción del precio contractual, así como del importe de la garantía definitiva.”*

El Órgano de contratación señala al respecto en su informe que *“La reducción del plazo contractual afecta a dos elementos del contrato: el precio unitario por tonelada y el precio del contrato, que debe entenderse como el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista (Informe 43/08 de 28 de julio de la Junta Consultiva del Estado). El apartado 4 del ANEXO I del PCAP, en relación con el apartado 13 del citado ANEXO, determina que el importe íntegro estará constituido por el producto de las toneladas de residuos recogidas y transportadas, multiplicado por el precio unitario adjudicado o vigente en cada momento.*

Este apartado 5 del ANEXO I del PCAP también determina, que en caso de reducción de plazo se vea también reducido el precio contractual (importe íntegro), así como el importe de la garantía. En este caso, la adjudicación contempla la reducción del precio contractual (importe íntegro) ya que se reducen en 1/13 el número de toneladas y, aunque aumenta el precio unitario por tonelada, se reduce el importe íntegro del contrato.” (...).

Añade, además, que al reducirse el plazo en 1/13, todos los gastos y toneladas a recoger se reducen proporcionalmente, a excepción de los gastos de primer establecimiento que se mantienen fijos, por lo que cuando se reajusta el precio unitario, dividiendo el coste total por las toneladas, lógicamente debe de ser mayor que el precio unitario original. Para ello se ha recalculado el precio con base al Estudio económico y al Plan económico financiero del contrato manteniendo su proporcionalidad una vez reducida de 13 a 12 meses su duración, aplicando al propio estudio de la adjudicataria la reducción acaecida y manteniendo la

rentabilidad de la oferta. *“La medida de la rentabilidad utilizada en este caso concreto fue el porcentaje que supone el beneficio antes de intereses e impuestos medio anual (EBIT MEDIO) sobre los ingresos esperados. En la oferta este valor, con un precio de 87.07 euros/tm (IVA excluido), era de 1,03%.*

Para mantener dicho valor como referente del equilibrio económico de la oferta, se calculó un nuevo precio, modificando la duración del contrato (de 13 a 12 meses) y la inversión, resultando un valor de de 87,56 euros/t m (IVA excluido).”

Por último, explica que en el caso de prórroga del contrato este proceso se revertiría y se produciría el efecto contrario, en virtud de lo dispuesto en el mismo apartado del PCAP, que señala que: *“No obstante, en el caso de ejecutarse la prórroga se detraerán del precio unitario las cantidades correspondientes a amortizaciones que hubieran tenido como plazo de amortización la de vigencia inicial del contrato.”*

Por su parte la UTE CESPAS-URBASER, señala que el precio cierto admite un precio sujeto a variaciones aunque determinable en todo caso.

El examen de esta concreta cuestión debe centrarse, no en la certeza del precio derivada del contenido de los pliegos en los puntos expuestos, puesto que como ya hemos dicho, la recurrente ha aceptado los mismos al haber presentado su oferta sin que le sea dado recurrir ahora los pliegos, sino en la existencia de una posible nulidad de pleno derecho derivada de la aplicación de los pliegos por parte del órgano de contratación en la adjudicación del contrato.

El artículo 87 del TRLCSP establece como uno de los elementos esenciales del contrato el del precio, que recibe un tratamiento distinto en función de la fase del procedimiento en la que nos encontremos, tal y como pone de relieve el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 43/2008, de 28 de julio, si bien

insistimos en este recurso no se examinará su adecuada regulación en el PCAP sino solo su aplicación.

La certeza del precio, una vez adjudicado el contrato, exige que el mismo no pueda ser alterado en fraude de la propia licitación, vulnerando los principios de concurrencia, publicidad e igualdad de trato de los licitadores. Ahora bien dicha certeza no puede traducirse sin más en inmutabilidad absoluta, como parece aducir la recurrente, cuando en el propio artículo 87 del TRLCSP se permiten una serie de mecanismos de adaptación del precio (revisión de precios, penalidades, objetivos, etc.) que a la postre implican su variación.

Todos los licitadores conocían en este caso la posibilidad de variación de los precios ofertados para el caso de que el contrato no se iniciara en la fecha prevista en el PCAP, de manera que no se produce vulneración alguna de los principios antes señalados, en tanto en cuanto, como decimos, no se ha dado una alteración unilateral de las condiciones de licitación y de la oferta de la adjudicataria, sino una aplicación al caso concreto de una de las previsiones de aquél.

Cuestión distinta es la de las consecuencias de la aplicación de esta cláusula al caso concreto. Debe antes que nada señalarse que la recurrente solicita que se anule la adjudicación del contrato, pero no hace petición alguna, ni siquiera de forma subsidiaria respecto de la modificación del precio del contrato operada en el mismo Decreto de adjudicación, de acuerdo con las conclusiones del Informe de 24 de septiembre de 2014, del Jefe de Departamento de Recogida de Residuos, y del Acuerdo de la Mesa de Contratación de fijación del nuevo precio, adoptado el día 26 del mismo mes.

Efectivamente ante el retraso en el inicio de la ejecución del contrato se emite un Informe del Departamento de Recogida de Residuos el 24 de septiembre de 2014, en el que se explica el modo en que se ha llevado a cabo lo establecido en la

cláusula 5 del Anexo I del PCAP. En concreto se explica que deben recalcularse tres parámetros: la amortización de determinadas inversiones efectuadas por el contratista saliente, la cantidad de residuos a recoger, y obviamente el plazo.

El informe antes indicado realiza una proyección de la oferta de la adjudicataria sobre el nuevo escenario de duración del contrato, de acuerdo con lo establecido en el PCAP. En este nuevo escenario, aduce la recurrente que el nuevo precio unitario por tonelada pasa de 87,09 euros/ton, a 87,56 euros/ton lo que implica una disminución del porcentaje de baja del inicial 10,70% al 10,19%. A este precio se llega tal y como se explica en el informe del órgano de contratación, aplicando el EBIT (Earnings Before Interests and Taxes) de la oferta de la adjudicataria.

Hemos indicado anteriormente que la recurrente no se dirige de forma explícita contra la modificación del precio en sí, sino contra toda la adjudicación en bloque, utilizando como argumento para ello, que en lugar de disminuirse el precio del contrato, sorprendentemente, se produce un aumento de los precios unitarios ofertados por la adjudicataria.

En este punto parece haber una aparente contradicción entre la metodología y los cálculos efectuados por el Órgano de contratación y la explicación ofrecida en su informe preceptivo. Así, si bien se explica en el informe que los gastos de primer establecimiento (costes pendientes de amortización de las instalaciones) permanecen invariables, *“Al reducirse el plazo en 1/13, todos los gastos y toneladas a recoger se reducen proporcionalmente, a excepción de los gastos de primer establecimiento que se mantienen fijos”* (...), lo cierto es que en los cálculos efectuados para modificar el precio dichos costes han sido rebajados. En efecto, en el estudio económico financiero del contrato figuran como inversiones a realizar 5.027.850,78 euros, en la primera mensualidad, sin que conste nada para el año 2 del contrato. Sin embargo, en el informe de modificación del precio se indica que la

amortización remanente como consecuencia del retraso en el inicio de la ejecución del contrato, es de 4.977.064,41 euros, cifra que se habría visto disminuida naturalmente al no poder desplazarse al futuro contratista, hasta el momento de la formalización del contrato, corriendo de cuenta del concesionario saliente hasta tal momento.

Siendo esto así, se comprueba además, que a pesar de haberse indicado en el informe que los costes de primer establecimiento permanecería inalterables, y el número de toneladas de residuos disminuiría, en el estudio económico financiero consta una estimación de 717.306 toneladas de residuos en el año base y 59.775,50 en una mensualidad, realizándose en base a estos datos, mientras que en la tabla de cálculo que acompaña al informe para la modificación del precio, en lugar de aparecer disminuida dicha cantidad, como se afirma en el informe del órgano de contratación, permanece inalterada.

Considera este Tribunal que estas contradicciones entre el informe y los cálculos efectuados no permiten como se pretende la nulidad de la adjudicación, sin perjuicio de su comprobación y corrección por parte del órgano de contratación, al no poder este Tribunal anular únicamente la modificación del precio, en virtud del principio de congruencia establecido en el artículo 47. 2 del TRLCSP.

Sexto.- Falta de motivación generadora de indefensión aducida por la recurrente.

Considera la recurrente que el informe de valoración de 19 de septiembre de 2014 adolece de falta de motivación que concreta en la circunstancia de que, a pesar de poner de relieve determinados “*incumplimientos, errores y desviaciones*”, que recoge a modo de ejemplo, termina concluyendo que el servicio propuesto es viable en su globalidad, no siendo de recibo a su juicio que no justifique por qué a pesar de haber incurrido en tales irregularidades la oferta debe tenerse por correcta. Añadiendo que ello es especialmente relevante teniendo en cuenta que la

consecuencia jurídica de tales errores o desviaciones no puede ser otra que la exclusión de la oferta en que se producen.

Por su parte el órgano de contratación señala que la valoración técnica efectuada en las desviaciones detectadas, para cada uno de los conceptos señalados en los pliegos de condiciones, determina que, en ningún caso, pueda afirmarse, que las propuestas sean manifiestamente inviables, ya que, responden a la prestación del servicio básico de cara al ciudadano y resto de usuarios, tal y como determina el punto 23 del anexo I del PCAP, siendo así que en todas las ofertas presentadas se han producido semejantes errores o desviaciones, lógicos en un planteamiento de servicio de éstas dimensiones y con el grado de detalle exigido, que en ningún caso pueden llegar a determinar su exclusión del proceso de selección y que la insuficiente motivación alegada por el recurrente, se contradice al emplear él mismo en el propio recurso especial presentado, argumentos que se señalan expresamente en el contenido del informe técnico.

Como venimos señalando de forma reiterada en nuestras resoluciones, la motivación, tanto en los informes de valoración, como en la notificación de los actos de adjudicación es fundamental al constituirse en elemento último o límite de la discrecionalidad de la Administración a la hora de valorar las ofertas, y para evitar la indefensión a la hora de interponer el recurso que corresponda, con conocimiento cabal de las razones que han llevado al órgano de contratación a tomar la decisión de que se trate.

En este caso el informe de 19 de septiembre de 2014, es suficientemente prolijo y explicativo de todos los elementos que se valoran y de la ponderación que se atribuye a cada uno, dando cabal explicación de la valoración efectuada por lo que debemos considerar que no se produce la falta de motivación con entidad suficiente como para anular la adjudicación del contrato.

Cosa distinta es la corrección y la adecuación a derecho de las causas o elementos que fundamentan la decisión adoptada, que serán objeto de examen en los siguientes fundamentos. Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo.

Debe sin embargo, analizarse otra cuestión atinente a la falta de motivación y es que la recurrente, afirma en relación con los incumplimientos que pone de relieve en la oferta de la adjudicataria, que *“se reserva el derecho a formular alegaciones complementarias a este recurso especial para el supuesto de que, ya sea por decisión del Órgano de contratación o del propio TACP -a quien formulamos solicitud formal a esos efectos-, se conceda a esta representación el acceso a la documentación de la oferta adjudicataria relativa a “Cálculos y Dimensionamiento” e “Información gráfica”, a la que no se ha permitido el acceso solicitado alegando una pretendida confidencialidad que no puede tenerse por tal”*, remitiéndose en cuanto al contenido de su pretensión al escrito de 21 de octubre de 2014, por el que se solicita el acceso al expediente al Ayuntamiento de Madrid, que acompaña como documento número 8 a su recurso.

Consta en el expediente, tal y como se ha señalado más arriba, que la adjudicataria señaló como confidenciales la totalidad de los documentos que conformaban su oferta técnica, si bien el órgano de contratación, mediante Decreto 692, de 16 de octubre, declaró confidenciales únicamente los documentos B.1.2 *“Cálculos y dimensionamiento”* y B.1.4 *“Información Gráfica”* del Tomo II B.1 de la oferta de la adjudicataria.

Este Tribunal considera oportuno recordar, como ya hiciera en sus Resoluciones 24/2013, 13 de febrero, 14/2014, de 22 de enero, o 42/2014, de 19 de marzo, que el artículo 145.2 del TRLCSP dispone que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (...)”*. El legislador, de esta manera, garantiza el secreto de las

proposiciones hasta el momento de la licitación pública; ahora bien, una vez adjudicado el contrato (y, por tanto, ya consumada la licitación pública), las limitaciones al acceso de los interesados de datos relativos a la adjudicación sólo proceden en los casos expresamente previstos en el artículo 153 y, en particular, respecto al contenido de las ofertas de los licitadores, la limitación de acceso a su contenido debe adecuarse a las exigencias del artículo 140.1, que establece que *“Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”*.

Por otro lado el artículo 153 del TRLCSP en la regulación de la notificación de la adjudicación permite que determinados datos no se comuniquen bajo determinadas circunstancias y con condiciones *“(…) cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)”*. Si bien este precepto no regula directamente el acceso al expediente de licitación, lo cierto es que los parámetros que establece para la limitación de la información que puede facilitarse al resto de licitadores pueden aplicarse a cualquier otro supuesto de restricción de la información que a la postre supone una limitación del principio de transparencia.

Ambos preceptos deben ser interpretados o integrados al caso concreto, pudiendo servir de criterio interpretativo el Informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, “Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores”, que señala que el artículo 124 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 140 del TRLCSP) hay que interpretarlo, en todo caso, de forma matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

“1º) La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 123 de la Ley citada) que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.

2º) El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.

3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular la oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad”.

Y este mismo informe concluye que *“La obligación de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de ésta a los interesados no implica la obligación de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las distintas proposiciones, sin perjuicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ella”.*

El precepto legal exige para denegar datos relativos a la adjudicación, la concurrencia de alguna de las circunstancias establecidas en el mismo (obstaculizar la aplicación de una norma, ser la divulgación contraria al interés público, perjudicar

intereses comerciales legítimos...) y la debida justificación al respecto en el expediente administrativo.”

En este caso concreto, de las tres licitadoras en el procedimiento, solo las licitadoras concurrentes en compromiso de UTE Urbaser, S.A. y CESPAS, S.A., solicitaron que la documentación del sobre A, relativa a la solvencia técnica y económico-financiera y del Tomo II; B.1.1, “Datos de Partida”, B.1.2 “Cálculos y dimensionamiento” y B.1.4 “Información Gráfica”, fuera declarada confidencial.

Dicha solicitud fue objeto de informe y terminó siendo parcialmente aceptada por lo que se refiere a los dos últimos documentos indicados únicamente, motivando dicha decisión en la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual al contener estudios técnicos particulares.

En la ponderación entre el principio de transparencia y la confidencialidad de la documentación comercial, se revela como fundamental la motivación de las causas por las que no se autoriza el examen de determinados documentos. Es claro que la confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta de las licitadoras, siendo fundamental conocer determinados aspectos de la misma a efectos por lo menos de poder examinar la adecuación a derecho de las decisiones de la Administración.

La motivación ofrecida por el órgano de contratación es ciertamente escueta y responde al concepto al que se remite el TRLCSP “secretos comerciales” para poder declarar la confidencialidad de la oferta de forma genérica, sin embargo, el órgano de contratación sí que ha remitido adecuadamente a este Tribunal la totalidad de las ofertas de las licitadoras, por lo que fiel a la consideración del recurso, como especial, rápido y eficaz, entiende que debe pronunciarse sobre esta cuestión, examinando el contenido de cada documento.

El Tomo II de la oferta de la adjudicataria contiene, además del estudio económico y el plan económico financiero, un apartado B.1 de documentación técnica que a su vez contiene 6 volúmenes distintos:

B.1.1 “*Datos de partida*”.

B.1.2 “*Cálculos y dimensionamiento*”.

B.1.3 “*Memoria Descriptiva de los servicios y gestión del personal*”.

B.1.4 “*Información Gráfica*”.

B.1.5 “*Descripciones de material*”.

B.1.6 “*Descripciones y planteamientos de instalaciones fijas*”.

La recurrente ha tenido acceso a todos los documentos menos a dos, cuyo contenido procede examinar para determinar si también a estos les alcanza la declaración de confidencialidad.

B.1.2 “*Cálculos y dimensionamiento*”. Tal y como se indica en las consideraciones iniciales correspondientes a este volumen, el mismo tiene por objeto exponer el dimensionamiento del servicio detallando toda la información necesaria, exponiendo el método utilizado y la justificación de los medios propuestos, habiendo sido realizado el estudio específicamente para la ciudad de Madrid. Junto con la explicación de la metodología del dimensionado, se ofrecen los datos del dimensionado de cada fracción. Tal y como se indica en las consideraciones iniciales de este volumen “*gran parte de los datos ya se han desarrollado en el Volumen B1.1 de la documentación técnica aportada. En estos casos aquí solo se expondrán los valores finales utilizados en el dimensionado*”.

Entiende este Tribunal que dado que la recurrente sí tuvo acceso al volumen B1.1, no puede alegar ningún desconocimiento sobre los datos de inicio para la realización del estudio, y respecto del contenido del mismo y una vez examinado este Tribunal considera justificada la confidencialidad, en tanto en cuanto la

realización del estudio del dimensionamiento del servicio con el objeto de realizar la propuesta adecuada al mismo se ha realizado, según se afirma, siguiendo unos procedimientos propios y una metodología lo que podría comprometer aspectos relacionados con la propiedad intelectual de las empresas. A ello cabe añadir que en dicho documento se ofrecen métodos de trabajo y de organización del mismo que podrían afectar al *know how* de la empresa a juicio de este Tribunal, como en el caso de la optimización de la capacidad de los contenedores (página 16 del volumen B.1.2).

B.1.4 “*Información Gráfica*”. En cuanto a este documento, se trata del conjunto de planos que sustentan la oferta, por lo que se refiere a la ubicación de contenedores, puntos limpios y rutas de recogida. En este caso tampoco se aprecia que la recurrente tuviera menoscabados sus derechos por la circunstancia de no tener acceso a las mismas, observándose al igual que en el caso anterior, y por los mismos motivos, que la confidencialidad está justificada.

Procede por tanto desestimar el recurso en relación con esta cuestión.

Séptimo.- Son varios los defectos que la recurrente imputa a la adjudicación recurrida, por lo que se refiere a la apreciación del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas por el PPT por parte de la adjudicataria.

1. Incumplimiento de la obligación de reflejar turnos diurnos de recogida de pilas y baterías usadas.

Considera la recurrente que la oferta de la adjudicataria incumple lo previsto en la cláusula 10.3 del PPT, bajo la rúbrica de “condicionantes”, por lo que se refiere a la recogida de pilas y baterías usadas, cuando señala que “*A largo de la vida del contrato deben mantenerse los turnos de prestación de los distintos servicios que actualmente existen, y no se efectuará ninguna modificación de los mismos, salvo*

decisión municipal por causa justificada y puntual. En el caso de que alguna de las propuestas técnicas no refleje de forma clara y precisa los mencionados condicionantes, será automáticamente excluida de la licitación"; puesto que frente al horario diurno establecido para esta fracción en el apartado 5 de la cláusula 8 de PPT, la adjudicataria prevé en su oferta técnica, que la recogida pueda realizarse tanto en horario de mañana como de noche.

Por su parte el órgano de contratación señala que en la página 43 de la Memoria descriptiva de los servicios presentada por el adjudicatario se especifica que los turnos de recogida de pilas usadas será de mañana o tarde y en su estudio económico solo se contempla el horario diurno, por lo que esta discrepancia se ha considerado un error material. No obstante lo anterior, concluye que *“dicha fracción de residuos se sitúa en torno al 0,009 % del total de residuos, en peso, en el ámbito del contrato, Si el adjudicatario plantease que la mitad del servicio se efectuase en turno de noche, estamos hablando de un porcentaje aproximado del 0,0045 % del total de residuos del ámbito del contrato que estaría incurso en esta anomalía.”*

Aduce la adjudicataria en el trámite de alegaciones que son varias las ocasiones en que su oferta señala que la recogida de la fracción pilas y baterías usadas se hará en turno diurno, especificando en qué apartados concretos se realizan tales referencias, por lo que la mención en la página 16, del volumen B.1.3 de la Memoria descriptiva es meramente una errata.

Este Tribunal comprueba que efectivamente la oferta de la adjudicataria se refiere en diversas ocasiones, salvo la puesta de manifiesto por la recurrente, al turno diurno (página 47 del Volumen B.1.3, página 71 del Volumen B.1.3. y apartado 3.6 del Volumen B.2.) Esta discordancia entre distintos apartados de la Memoria económica, no puede ser reputada más que como un error, que quizá podría haber sido objeto de aclaración por parte del órgano de contratación.

Esto no obstante este Tribunal considera determinante la circunstancia de que en el apartado 3.6 del Volumen B.2, relativo a los costes del servicio, conste con el código 500029-D la recogida de pilas, especificando que el turno es diurno y asignando los costes de personal en consecuencia. De esta forma, puesto que la Memoria Descriptiva tiene por objeto que el órgano de contratación pueda verificar la viabilidad de la oferta y que en el caso de la fracción pilas y baterías usadas el precio o coste indicado para el servicio se corresponde con la recogida diurna, no se aprecia, ni incumplimiento del PPT, ni inconsistencia interna de la oferta.

Por lo anterior debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

2. Incumplimiento de obligaciones de aportación documental: omisión de la descripción detallada de los vehículos y maquinaria a aportar al servicio y del plan de residuos.

En este apartado son dos las omisiones que, a juicio de la recurrente, justificarían la exclusión de la oferta de la adjudicataria. De un lado la falta de una descripción detallada del material móvil propuesto, especificando las características técnicas de cada uno de los modelos propuestos, exigida, según aduce, en la Cláusula 13.7 del PPT; y de otro la falta de un Plan de Gestión de Residuos Peligrosos en los puntos limpios móviles, tal y como exige la cláusula 12 del PPT.

En cuanto a la descripción detallada del material móvil, la cláusula 13.7 del PPT establece que *“los licitadores incluirán en su oferta técnica una descripción detallada del material móvil propuesto, especificando las características técnicas de cada uno de los modelos propuestos, tal y como se señala en el punto 23 de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el procedimiento.”*

El órgano de contratación, aduce que en ningún caso se contempla la posibilidad de exclusión del proceso por dejar de aportar la mencionada información

relativa a los medios mecánicos, pero en todo caso explica que el adjudicatario ha incluido en la Memoria Descriptiva de los Servicios y Gestión de Personal, diversas fotografías de los vehículos que han de prestar servicio en el ámbito del contrato, entre los que incluye el camión compactador con grúa, camión portacontenedores, camión contenedores de cadenas, punto limpio móvil y vehículo de inspección, de tal forma que permite identificar las características generales de los mismos y comprobar la idoneidad de los mismos para el ámbito del contrato. Los vehículos sobre los que el adjudicatario aporta esas fotografías son un total de 24 unidades; de las cuales 16 corresponden a vehículos de inspección, que como tal no efectúan trabajos específicos de recogida y transporte de residuos, que es el objeto del contrato y 8 vehículos que sí corresponden a vehículos que han de efectuar labores de recogida y transporte de residuos.

Por su parte la adjudicataria señala que en el capítulo 2 “Descripción de los equipos propuestos”, describe detalladamente los medios materiales que se compromete a aportar que son de su propiedad y que forman parte de los criterios de valoración del concurso, señalando que la descripción del resto del material al no formar parte de los criterios de adjudicación será aportada en el caso de resultar adjudicataria tal y como establece la cláusula 13.2 del PPT.

Este Tribunal comprueba que el PCAP del contrato establece como criterio de valoración objetivo, la disponibilidad de medios mecánicos al que asigna 7 puntos, señalando que la puntuación máxima se asignará al licitador que proponga más recolectores compactadores con un volumen de carga de residuo entre 15 y 20 m³, asignados de forma exclusiva al contrato, por encima de la flota municipal.

La adjudicataria señala en la página 2 del Tomo II que asignará de forma exclusiva al servicio sobre la flota municipal, 2 recolectores de carga trasera de 20 m³ de GNC que identifica como:

- Camión recolector compactador de doble compartimento de GNC de 20 m³, matrícula 6320 GRR, IVECO ad 260s27y/PS GN // NORBA MF 30021.

- Camión recolector compactador de carga trasera de GNC de 20 m³, matrícula 8118 FWH. Mercedes Benz 2628LN // Geensink GMP III 22 H25.

Aportan para verificar la titularidad de los mismos el permiso de circulación y la ficha técnica de cada vehículo.

De acuerdo con lo anterior, se considera que la oferta de la UTE CESP-URBASER no incumple en este punto el PCAP por lo que se refiere a los medios materiales susceptibles de valoración.

Respecto del resto de medios correspondientes al material móvil, el PPT señala en el apartado 2 del punto 13 relativo a “Vehículos y maquinaria”, que el concesionario deberá contar desde el inicio del contrato la maquinaria necesaria para la prestación del servicio señalando *“en el caso de que el concesionario aporte vehículos o maquinaria, presentará, con la puesta en marcha del contrato, una relación de los vehículos y maquinaria con indicación de todas las carácter técnicas y medioambientales más importantes (...). Asimismo se requerirá presentar la misma información cuando se asignen nuevos vehículos y maquinaria al contrato”*.

De la interpretación conjunta de ambos pliegos, resulta que el PCAP solo exige aportar las fichas técnicas relativas a los medios mecánicos a valorar, mientras que el PPT, exige al adjudicatario en el caso de serlo, que acredite documentalmente los medios que, no siendo valorables, se haya comprometido a aportar. No se observa por tanto incumplimiento alguno de los pliegos en relación con esta cuestión que justifiquen la anulación de la adjudicación. Debe por tanto desestimarse el recurso por este motivo.

3. En cuanto a la falta del Plan de Gestión de Residuos peligrosos en los puntos limpios móviles, el órgano de contratación señala que las cantidades de residuos peligrosos que se incluyen dentro de este servicio se sitúan en torno al 0,003 % del total anual de toneladas de residuos en el ámbito del contrato y que el adjudicatario señala expresamente en su proposición económica que se compromete a tomar a su cargo la ejecución de los servicios con estricta sujeción a los requisitos, condiciones y obligaciones establecidos en los pliegos de condiciones técnicas y administrativos, por lo que el cumplimiento normativo de la gestión de residuos procedentes de los puntos limpios móviles queda garantizada.

La adjudicataria afirma que en el volumen B.1.3 de la Memoria Descriptiva de los servicios y gestión de personal Capítulo 2.1.6 / fracción “Residuos domésticos específicos”, expone la operativa del sistema de recogida mediante puntos limpios móviles y en el capítulo 6 “Cuadro resumen” de dichos servicios, los medios propuestos para tal recogida.

Se comprueba que efectivamente en el capítulo 6 “Cuadro resumen” se indican los turnos, y personal propuesto para dicha recogida, el número de vehículos, tipo, punto limpio móvil para cada turno, la frecuencia del servicio y el número de días anuales de servicio ofertados, que en este punto resultan ser 274. Además el punto 2.1.6 de la Memoria descriptiva, tal y como alega la adjudicataria, contiene bajo la rúbrica “Fracción residuos domésticos específicos”, una descripción de la gestión del servicio indicando “*Esta fracción está compuesta por los residuos generados en el ámbito doméstico, o comercial de especiales características, alguno de los cuales según la legislación vigente tiene el carácter de residuo peligroso. (...)*”. Da cuenta aquí de la oferta de 168 puntos móviles cuya ubicación detalla, tal y como comprueba este Tribunal, en el plano 02.Punto Limpio Móvil 08.0401 del volumen de documentación gráfica, distinguiendo entre ubicaciones actuales y ubicaciones nuevas.

Es cierto en relación con la organización de la recogida a través de puntos móviles que no aparece en un apartado unitario un plan de gestión de los puntos limpios móviles, pero no lo es menos que la planificación de la gestión del servicio, respecto a este punto concreto, aparece detallada en cuanto a la frecuencia, número de vehículos, personal y horario en distintos documentos de la oferta.

Ahora bien, debe examinarse más detenidamente el contenido que, de acuerdo con el PCAP, debía tener ese plan y las consecuencias de la omisión de alguna de las especificaciones en él exigidas. De acuerdo con el PCAP, la gestión de residuos peligrosos recogidos en los puntos limpios móviles estará sometida a un plan previamente propuesto por los licitadores, dicho plan debía referirse como mínimo a las condiciones de almacenamiento, transporte a puntos de gestión y tratamiento final de los mismo, indicando que *“se establece como criterio de obligado cumplimiento el almacenamiento de los residuos peligrosos en las instalaciones por el plazo máximo de tres meses. Deberá especificarse las condiciones de recepción, de almacenamiento y el sistema de transporte hasta el gestor final.”*

Ciertamente se observa que la última referencia relativa a las condiciones de almacenamiento y sistema de transporte hasta el gestor final no están recogidas en la oferta de la adjudicataria. Sin embargo, el Tribunal ha analizado las ofertas de las licitadoras sobre este punto, con el objeto de determinar el contenido mínimo del plan y ha observado que la oferta de FCC, sí contiene un plan de gestión de los puntos fijos móviles, pero el mismo no contempla tampoco el sistema de transporte hasta el gestor final.

Por otro lado, la gestión este tipo de residuos como señala el órgano de contratación representa, un porcentaje muy pequeño de las prestaciones objeto del contrato.

Este Tribunal ya puso de relieve en su Resolución 103/2013, de 10 de julio, la necesidad de aplicar criterios de proporcionalidad en materia de contratación

pública, criterios que se consideran también válidos para recurso especial en materia de contratación. Así el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, si bien refiriéndose a las medidas de exclusión de licitadores por causas basadas en consideraciones objetivas y relacionadas con la aptitud profesional enumeradas en el artículo 24 de la Directiva 93/37, en sus Sentencias de 16 de diciembre de 2008 (TJCE/2008/312) *Michaniki AE contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis* y la Sentencia Caso *Assitur contra Camera di Comercio; Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano* de 19 de mayo de 2009 (TJCE/2009/146) considera aplicable el principio de proporcionalidad en la adopción de medidas de exclusión, señalando que en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, constituye un principio general del Derecho comunitario el principio de proporcionalidad y que las medidas que se adopten para garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo.

En este caso, como hemos expuesto, verdaderamente el plan de gestión de residuos mediante puntos móviles de la adjudicataria no responde exactamente al contenido exigido en el PPT, pero deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias que aconsejan que la omisión de la indicación del modo en que se van a trasladar los residuos al centro de gestión, no determine el rechazo de la oferta. Deben considerarse no solo las dimensiones del contrato, sino la relevancia de las prestaciones que contempla directamente relacionadas con el interés general en la Ciudad de Madrid. No quiere ello decir que la gestión de este tipo de residuos no sea relevante, sino que en proporción con el resto del contrato, su incidencia es tan escasa, - el 0,003%,- que justifica un examen especial de su tratamiento. Así mismo debe considerarse que el indicado plan, no era susceptible de valoración, ni tampoco formaba parte de los elementos a tener en cuenta para el examen de la viabilidad de la oferta. Por lo que perfectamente podría haber sido exigido únicamente al licitador que resultase adjudicatario del contrato. Además la circunstancia de que no se especifiquen todos los puntos del sistema de recogida de

estos residuos, no implica el incumplimiento de la prestación a que corresponde, en tanto en cuanto la oferta contiene una declaración de cumplimiento de los pliegos y de la legalidad vigente.

Por último y como elemento determinante de la decisión a adoptar, lo cierto es que la oferta de la recurrente, si bien algo más completa que la de la adjudicataria en este punto, no ofrece tampoco el contenido mínimo que según el PPT debía tener el indicado plan, por lo que un tratamiento totalmente respetuoso con el principio de igualdad consagrado en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, exigiría también su exclusión.

Por todo lo anterior este Tribunal considera que, no procede anular la adjudicación del contrato por este único motivo, sin perjuicio de que se solicite a la adjudicataria que se concrete el indicado extremo, al no ser modificativo de la oferta.

Octavo.- El último motivo de impugnación esgrimido por la recurrente es la falta de viabilidad técnica de la oferta adjudicataria, que concreta en varios elementos de la misma.

Señala la recurrente en relación con esta cuestión que *“los Pliegos por los que se rige la presente licitación, en cuanto Ley del contrato establecen con carácter imperativo e ineludible que los licitadores acrediten, de forma objetiva y detallada, la viabilidad y correcta ejecución de todas las prestaciones propuestas, a cuyos efectos deberán aportar toda la documentación que resulte necesaria para probar dicha viabilidad. Y además, dado el carácter esencial de los servicios que son objeto del contrato, también resulta indubitado que la acreditación de la viabilidad y de la correcta ejecución de las propuestas no sólo se configura como un deber inexcusable para los licitadores, sino también para la propia Administración”*, exponiendo a título de ejemplo algunos de los incumplimientos, errores y desviaciones advertidos por el informe técnico de 24 de septiembre de 2014, de los

que no cabe sino concluir que no es posible tener por acreditada la viabilidad de la oferta.

La adjudicataria del contrato considera perfectamente viable la ejecución del contrato en los términos propuestos, explicando la posibilidad de ejecución de las prestaciones propuestas y comparando su oferta con la de la recurrente, como veremos respecto de cada “error” o “desviación” puestos de manifiesto por la recurrente.

El órgano de contratación realiza una consideración general sobre la acreditación de la viabilidad de la oferta para proceder a rebatir cada una de las inconsistencias aducidas por la recurrente.

Debemos necesariamente reconocer la importancia de la apreciación de la viabilidad de la oferta por el órgano de contratación, puesto que, amén de ser la finalidad básica de todo procedimiento de licitación, que lógicamente debe atender a la real efectividad en la fase de ejecución de las prestaciones objeto del contrato, los propios pliegos establecen en este caso mecanismos que permiten verificar a priori si la oferta económicamente más ventajosa es también realizable en sus propios términos, con el parámetro de las prestaciones y obligaciones que debe asumir el adjudicatario del contrato. Así la cláusula 23 del PCAP, permite al órgano de contratación “dejar fuera de la licitación”, con el objeto de no comprometer la prestación del servicio, aquellas ofertas que no justifiquen de forma objetiva y detallada el diseño del servicio, o en el caso de que el mismo sea manifiestamente inviable. Predetermina para ello cuatro parámetros, como son el planteamiento de la totalidad del ámbito geográfico a prestar, planteamiento de maquinaria a utilizar, turnos de trabajo en el contrato y personal asignado al mismo.

Además se exige que los licitadores presenten un estudio económico y un plan económico financiero que permita concluir la viabilidad de la oferta.

El examen de la viabilidad de la oferta, a diferencia de su valoración, objetivada en los pliegos, permite la apreciación discrecional por parte del órgano de contratación, siempre eso sí dentro de los parámetros por el mismo fijados. La Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, en su fundamento de derecho cuarto reconoce *“la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración en cuanto promuevan y aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados requeridos, por la naturaleza de la actividad desplegada por los órganos administrativos”* y continua: *“la disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado.”* El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 219/2004, de 29 de noviembre, (RTC 2004,219) recuerda lo afirmado en su Sentencia 39/1983, de 16 de mayo, en la que sostuvo que la existencia de discrecionalidad técnica *“no supone naturalmente desconocer derechos a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución Española ni el principio de sometimiento pleno de la Administración Pública a la ley y al derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la Jurisprudencia y la doctrina han realizado por que el control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapan por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente deberán ejercer en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”*.

La doctrina jurisprudencial, que viene aplicando este Tribunal, sentada entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1992 (RJ 1992,4049) y 17 de marzo de 1992 (RJ 1992,3283) establece que el control jurisdiccional de las facultades discrecionales solamente se puede producir a través del análisis de los hechos determinantes alegados y probados por la parte recurrente y a la luz de los principios generales del derecho. Este criterio se manifiesta igualmente en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 19 de julio de 2002 (JUR 2002/253473), en relación con la contratación administrativa que remite a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999,2891), donde se reitera que para articular el necesario control sobre los actos de discrecionalidad técnica, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo han utilizado como criterios determinantes: la desviación de poder, la arbitrariedad y el respeto a los principios de igualdad. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos y el análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la apreciación no se hayan aplicado los criterios con arbitrariedad o discriminación, o que no se haya incurrido en error material al efectuarla.

La falta de viabilidad de la oferta, se sitúa por la recurrente en los siguientes aspectos:

1. Falta de acreditación de la viabilidad de la recogida de sacos y contenedores con los medios mecánicos ofertados.

Señala la recurrente que a los efectos de dimensionar el servicio de “retirada de contenedores y sacos no autorizados”, el PPT impone como obligación esencial en su Cláusula 9.6, que se deberá disponer de un mínimo de medios mecánicos asignados a este servicio específico, en total cuatro vehículos de distintos tipos. Sin

embargo, la adjudicataria solo contempla en su oferta un único equipo compuesto por un camión tipo multibene (modelo de camión eleva contenedores con sistema de cadenas), de modo que resulta absolutamente imposible que pueda realizarse la recogida de sacos por carecer de los medios necesarios para ello, más aun cuando propone realizar la recogida de sacos y contenedores no autorizados en una hora, frente a las 72 horas fijadas en el pliego.

El órgano de contratación indica al respecto que, si bien efectivamente en el apartado indicado por el recurrente de la memoria descriptiva de la adjudicataria, solo consta un camión multibene, el adjudicatario recoge, en ese mismo tomo, una serie de vehículos destinados al servicio de recogida de residuos en acontecimientos y eventos en los cuales contempla la existencia de dos equipos exigidos específicamente en el servicio de recogida de sacos y contenedores no autorizados: camiones de caja abierta con grúa y plataforma, explicando que la retirada de los sacos y contenedores no autorizados, en muchos casos, está ligado a la celebración de acontecimientos y eventos, por lo que cabe pensar que el adjudicatario ha efectuado una interpretación conjunta del planteamiento de ambos servicios (acontecimientos y eventos; y sacos y contenedores no autorizados), ya que ambos tienen puntos comunes.

Por su parte la adjudicataria señala en su escrito de alegaciones que la recogida es perfectamente viable por lo que a los sacos y contenedores no autorizados se refiere, porque está directamente relacionada con la recogida en acontecimientos y eventos y la recogida de grandes productores, por lo que hay medios suficientes para ello (camiones multibenes, camiones con caja abierta y plataforma y camiones portacontenedores de gancho). Estos medios, según aduce, están relacionados en el Tomo B 1.5 “Descripción del material aportado”, de la oferta, a lo que añade *“Resulta sorprendente que la recurrente indique la inviabilidad de poder recoger dichos residuos en una hora, cuando su oferta página*

77 del volumen B.1.2-“Cálculo y Dimensionamiento” concluye que en 15 minutos se puede retirar cualquier residuo objeto de este servicio”.

Este Tribunal ha comprobado que efectivamente la adjudicataria en el Tomo B.1.3. al describir el servicio de retirada de contenedores y sacos no autorizados, (punto 2.2.6) indica que *“Con el fin de satisfacer este servicio la UTE reserva un equipo, equipado con camión portacontenedores de gancho, de composición unitaria”*, remitiéndose en cuanto a la frecuencia a la oferta, puesto que se trata de un elemento susceptible de valoración.

Es cierto que el PPT configura la recogida de sacos y contenedores no autorizados como una obligación esencial, para lo que considera que la adjudicataria deberá disponer de una serie de medios mecánicos mínimos, pero también lo es que no establece que dichos medios deberán asignarse en exclusiva a dicho servicio, por lo que es posible en la licitación ofertar solo uno de ellos con carácter exclusivo, siempre que la licitadora ofrezca también el resto de vehículos necesarios para ello, advirtiéndose que durante la ejecución del contrato, deberá efectivamente prestarse el servicio con tales medios.

Sentado lo anterior es preciso comprobar si en la maquinaria ofertada por la adjudicataria además del camión portacontenedores de gancho, existen el resto de medios mecánicos exigidos para el cumplimiento de esta obligación. Así en el tomo B.1.5 “Descripción del material”, apartado 2.1 medios mecánicos, referido a todo el contrato se recoge un listado de vehículos, diferenciando los que la UTE se compromete a aportar, respecto de aquellos en que se subroga. En concreto se subroga en 8 unidades de camiones de caja abierta y plataforma elevadora (para el servicio controvertido se exigen 2), en 2 unidades de camiones eleva contenedores con sistema de cadenas y aporta otro más (para el servicio se exige 1).

No se contempla el camión eleva contenedores con sistema de gancho (ampliroll), en este documento, pero tal y como señala el órgano de contratación y constata este Tribunal, la adjudicataria lo ofrece en el servicio de recogida de grandes productores, si bien el órgano de contratación añade que este tipo de camión no se precisa de forma frecuente en la ciudad de Madrid, señalando como prueba de ello que en los últimos años no se ha precisado ninguna unidad.

Cabe señalar respecto de esta última cuestión que, como venimos señalando, los pliegos vinculan tanto al órgano de contratación, como a los licitadores, sin que puedan relativizarse sus exigencias a la vista de las ofertas presentadas, de manera que si el camión eleva contenedores con gancho no se iba a necesitar para la ejecución de este contrato, no debería haberse exigido en el PPT con carácter de obligación esencial y si se ha exigido, las licitadoras deben cumplir tal exigencia.

Dicho esto se constata que en el punto 3.7 del Tomo 2 Volumen B.1 se refiere a los vehículos de gancho que se propone utilizar para la recogida de grandes productores con cajas compactadoras, describiendo el operativo del sistema.

De acuerdo con lo anterior, se comprueba que la adjudicataria contempla en su oferta todos los vehículos indicados, si bien de forma dispersa, dado que unos son susceptibles de valoración, otros son aportados por la adjudicataria sin ser valorados específicamente y otros pertenecen al Ayuntamiento que los pone a disposición de la prestación del servicio. Esta dispersión sin embargo, no permite tener por no cumplidas las exigencias del PPT, ni considerar que la oferta es inviable en los términos en que se efectúa.

Por otro lado tampoco nada autoriza a pensar *a priori*, con los datos obrantes en el expediente, que la oferta de realizar la retirada de sacos y contenedores no autorizados en una hora es imposible, circunstancia que solo podrá tenerse en cuenta una vez iniciada la ejecución del contrato, a lo que debe sumarse, que como

señala el Órgano de contratación, al tratarse de un elemento susceptible de valoración, la eventual apreciación de inviabilidad debería dar lugar a la disminución de la puntuación otorgado (5 puntos) por este concepto, pero no a la exclusión de la adjudicataria como solicita la recurrente.

2. Falta de acreditación de la viabilidad de los servicios complementarios.

Señala la recurrente que tal y como pone de manifiesto el Informe técnico de 24 de septiembre, *“para los servicios complementarios (mercados, hospitales, grandes generadores, etc.) la UTE adjudicataria no aporta ningún tipo de información relativa a datos de partida, frecuencias de recogida, distribución de los residuos según sistema de contenerización, rendimientos de los equipos, accesibilidad de las calles, etc.”*, por lo que considera imposible que se pueda tener por acreditada la viabilidad de tales servicios, por cuanto ni siquiera se ofrece la información mínima para poder evaluarla.

La adjudicataria responde a lo anterior indicando que una vez examinada la oferta de la recurrente, se ha verificado que el cómputo global de equipos ofertados por la UTE CESPAS-URBASER, es superior a los propuestos por FCC, aportando un cuadro comparativo al efecto, donde resulta que para los indicados servicios especiales, la adjudicataria ofrece 39,5 equipos mientras que FCC ofrece 33,3.

El Órgano de contratación manifiesta que el concesionario, en su oferta, determina directamente los medios de que va a disponer para la ejecución de los servicios denominados como complementarios, considerando que los mismos son adecuados y suficientes para cumplir las obligaciones asumidas y por lo tanto se considera que está acreditada la viabilidad de los servicios complementarios.

Añade que además *“el adjudicatario, no alcanza el nivel de detalle total del que pueda disponer el anterior concesionario, que viene efectuando el servicio*

desde hace años. Por ello, el planteamiento que se ha efectuado de los pliegos de condiciones que rigen el contrato en cuestión, es el de lograr la máxima concurrencia en la licitación, favoreciendo la competencia entre los licitadores y evitando cualquier posicionamiento que pudiera otorgar ventaja a alguno de ellos, como es el caso de la entidad que hasta ahora venía prestando servicios, que incuestionablemente dispone de un nivel de información del que carece cualquier otro licitador.”

Examinando el expediente administrativo y a la vista de las afirmaciones de las partes, debe tenerse en cuenta que la descripción detallada y documental del servicio a prestar tiene por objeto el control de la viabilidad de la oferta efectuada, pero no es en sí una obligación autónoma cuya falta (en mayor o menor medida) lleve consigo la exclusión de las licitadoras. En este caso aunque los estudios de base puedan ser escasos lo cierto es que la oferta de la adjudicataria por lo que a los medios mecánicos se refiere, ha sido considerada adecuada por el órgano de contratación, sin que se aprecia la concurrencia de ninguna de las causas que puedan enervar la discrecionalidad técnica que le es dada a al ahora de apreciar y valorar las ofertas. A ello cabe sumar que no puede la recurrente invocar inviabilidad de la prestación de los servicios especiales cuando efectivamente su oferta de medios para este servicio es inferior a la de la adjudicataria.

Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo.

3. Falta de acreditación de la viabilidad de los servicios ofertados de recogida de las fracciones resto, envases y papel cartón en calles de accesibilidad reducida.

Respecto de esta cuestión se aduce en el recurso que los equipos propuestos por la UTE estarán formados por vehículos compactadores de diferentes capacidades, desde 11 m³ hasta 27 m³, en función de las características urbanísticas de cada zona y la cantidad de residuos a recoger. Pues bien, la propuesta de vehículos de la UTE adjudicataria resulta absolutamente incompatible

con la prestación del servicio en las calles de accesibilidad reducida o mínima, especialmente en el Distrito 13 “Puente de Vallecas”, donde entiende que es precia la utilización de vehículos de 7m³, aportando fotografías para ilustrar tales conclusiones.

Así mismo se indica que en la oferta de la adjudicataria no se contempla la recogida de la fracción papel cartón con un equipo de 12 m³ de carga superior, totalmente imprescindible, según afirma, para la recogida de los recipientes tipo iglú.

Ante estos dos aducidos incumplimientos la recurrente manifiesta que no se alcanza a entender cómo el informe declara la viabilidad de la oferta adjudicataria sin tan siquiera ofrecer una justificación o razonamiento de cómo se prestará el servicio de recogida en las vías de accesibilidad reducida con los equipos propuestos por aquella, sin que sea posible argumentar ahora, en el trámite de alegaciones al recurso especial, que la prestación del servicio de recogida en esas zonas de accesibilidad reducida se realizará con nuevos vehículos aportados por la adjudicataria o con otros equipos, puesto que ello implicaría una modificación de la oferta.

El Órgano de contratación en su informe explica que en la ciudad de Madrid el problema de la accesibilidad de los equipos de recogida de residuos a todos los viales es un problema recurrente, bien por las propias dimensiones de las calles y los giros obligados, bien por otros factores añadidos (estacionamiento inadecuado de vehículos que dificultan el acceso, incidencias sobrevenidas, etc.). En estos casos, y siempre primando la prestación del servicio, se plantea la ejecución del mismo “por alcance”, es decir, son los propios trabajadores de los equipos los que aproximan los recipientes estando prevista esta situación en el artículo 8.6 del PPT, *“El vaciado de recipientes y la recogida de residuos, así como el retorno de los cubos y contenedores a su lugar de origen ha de efectuarse aunque el camión recolector no tenga acceso hasta el mismo punto donde se presenten los residuos,*

bien por dificultad de acceso del propio vehículo o por cualquier otra causa, siempre que se trate de zonas públicas.”

Además, sin perjuicio de lo anterior, considera que la recogida de este tipo de residuos viene a representar aproximadamente un 0,45 % del total del contrato, por lo que no queda afectada la viabilidad del contrato pudiendo utilizar la mencionada recogida “por alcance”. Por último señala que en la flota de vehículos que el Ayuntamiento de Madrid cede al concesionario (y que figura en el anexo correspondiente del PPTP), se dispone de 4 vehículos de 6 m³ de capacidad, por lo que el concesionario sí puede disponer de ellos para entrar por dichas calles. De igual forma, se ceden 5 unidades de camión de caja abierta de menor tamaño para atender la recogida de contenedores de papel-cartón de acceso más dificultoso.

La adjudicataria en trámite de alegaciones afirma respecto de esta cuestión, que para realizar la oferta en cuanto a las dimensiones de las calles se han establecido tres categorías de vías en función de la accesibilidad de los vehículos, habiéndose propuesto para las vías de acceso reducido la recogida con camiones de 11m³ con un ancho de 2 metros, frente a los de 7m³ propuestos por FCC, que tienen un ancho de 1,85 metros, esto es solo una diferencia de 15 cm. No obstante en el caso de que alguna calle no tuviese acceso al servicio propuesto, siempre cabe la posibilidad prevista en el artículo 86 del PTT de que los operarios acerquen los contenedores al recolector.

Este Tribunal considera a la vista de las explicaciones del Órgano de contratación y de la adjudicataria que con su oferta queda garantizada la recogida de las fracciones resto, envases y papel cartón en calles de accesibilidad reducida, sin que se haya ofrecido en trámite de alegaciones nuevos vehículos lo que necesariamente implicaría el rechazo de la modificación de la oferta, sino que se explica el modo de recogida previsto, bien con vehículos más reducidos o por alcance, estando ambos modos previstos en los pliegos. Además el escaso alcance

de la prestación en las cales de accesibilidad de reducida, no permite considerar que la oferta es inviable en este punto. Nótese que no estamos examinando el cumplimiento o no de determinadas prescripciones obligatorias, sino la posibilidad de atender al objeto del contrato, en el modo ofertado por la recurrente, con los medios que oferta o de los que puede disponer, no habiendo quedado acreditada dicha inviabilidad en el recurso a juicio de este Tribunal, máxime cuando la recurrente está prestando el servicio, -debemos entender que de forma viable-, en la zona centro de Madrid y con medios muy semejantes a los propuestos por la adjudicataria, sin que las diferencias entre los medios utilizados sirvan a juicio de este Tribunal para tener por inviable la oferta de la UTE, CESPAS-URBASER.

4. Falta de acreditación de la viabilidad de la prestación de la oferta con los vehículos ofertados.

Para acreditar esta afirmación la recurrente incorpora un cuadro del número parcial de unidades de vehículos para prestar el servicio, en el que se destaca respecto de los CRC (Camiones recolectores compactadores) de carga trasera medianos, que el número de unidades subrogadas son 60, el número de unidades aportadas por la UTE es 1, y el número de unidades máximas en servicio serían 65. Señalando en cuanto a estos datos que, por tanto, no existe un número de vehículos suficiente para realizar todos los servicios propuestos (y ello sin tener en cuenta el número de vehículos de reserva).

El Órgano de contratación, al igual que la adjudicataria, indica que el recurrente se limita a transcribir de forma parcial una tabla extraída de la oferta del adjudicatario, dicho fragmento de tabla señalado por el recurrente, está referido exclusivamente a los camiones recolectores compactadores de caja única, cuando en la misma tabla, también aparecen los vehículos de doble caja (no incluida esa parte de la tabla en el recurso presentado), también aptos para ser empleados para los trabajos encomendados a los de caja única. En este caso (camiones de doble

caja) se dispone de más unidades a emplear, ya que el turno crítico precisa de 38 unidades de tamaño mediano, y se dispone de 55 unidades, utilizables como vehículos de caja única.

La adjudicataria para acreditar que la recurrente ha recogido sus datos de forma parcial, aporta una tabla (algunos de cuyos datos aparecen también en la aportada por la recurrente) en la que aparecen, por ejemplo, 37 unidades subrogadas de CRC de carga traseras pequeños, siendo estimados como unidades necesarias para el servicio 22, y 12 CRC de tamaño grande a subrogar señalando que para el servicio se prevén dos unidades. En resumen se estima la existencia entre subrogados y aportados de 110 unidades de camiones compactadores recolectores y se estiman las necesidades de unidades en servicio en 97, con lo que quedan aún remanentes.

Este Tribunal comprobados los datos de la oferta que constan en el Tomo II, Volumen B.1.5, capítulo 2.1 “Medios Mecánicos previstos y reservas”, y capítulo 2.5 del Estudio económico y plan financiero “Medios Mecánicos previstos y reservas para cada tipo y por turno”, considerando de nuevo que se está examinando la viabilidad técnica de la oferta, no encuentra incongruencias en la misma, apreciando que es viable la prestación del servicio mediante la combinación de distintos tipos de vehículos, sin que el PPT, establezca nada en contrario, teniendo en cuenta que tal y como está configurado el contrato, como gestión de servicios públicos, sin perjuicio de lo concluido en el Fundamento de derecho primero de esta Resolución, la organización del servicio, la distribución de los medios y su aplicación a cada necesidad corresponde al adjudicatario.

En relación con la insuficiencia de medios alegada se manifiesta asimismo en el recurso que *“la UTE adjudicataria tiene preparada una flota de vehículos diesel para comenzar a prestar el servicio, condición terminantemente prohibida por los Pliegos de la presente licitación, por lo que debe ser oportunamente advertida y denunciada”*.

Sin perjuicio de que esta afirmación no queda acreditada en modo alguno careciendo de todo soporte probatorio en el recurso, lo cierto es que se trata de una cuestión que además de no haberse producido, corresponde a la fase de ejecución del contrato, respecto de la que este Tribunal carece de competencias, de acuerdo con el artículo 40 del TRLCSP.

5. Falta de acreditación de la viabilidad de los servicios ofertados por falta de medios personales.

Se indica en el texto del recurso que el personal ofertado por la adjudicataria supone 997,5 trabajadores, siendo así que la plantilla mínima del contrato asciende a 1.100 trabajadores (957 trabajadores de personal directo y 143 de personal indirecto).

Señala el órgano de contratación que *“en la oferta del adjudicatario en el punto 2.4 del Estudio Económico, dice textualmente que “Asumimos el 100% del personal que figura en el Anexo 14 “Relación de personal a subrogar”, por lo que consideramos que cumple con lo expresado en el artículo 14.2. Otra cosa es que a efectos de valoración de su oferta económica considere el coste 991 operarios del listado de subrogación, lo cual es lícito porque el listado de subrogación contiene puestos de trabajo duplicados, ocupan el mismo puesto un jubilado parcial y un operario con contrato de relevo, los interinos y personal en excedencia o personas con invalidez con reserva de puesto de trabajo etc.”*

La adjudicataria explica en sus alegaciones que no existe tal déficit de personal, sino que parte del que deben asumir para prestar el servicio no implica coste, por lo que no se refleja en el estudio económico, en concreto se trata de 1.110 personas. La falta de coste radica en que 59 de ellos son interinidades, 4 son contratos por circunstancias de la producción, 41 son contratos de relevo, 4

excedencias y 2 invalideces con reserva de puesto, lo que supone un total de 1.107 trabajadores, por encima de los 1.100 exigidos por el pliego y de los 1.042 ofertados por FCC.

El artículo 14.2 del PPT establece que “en el Anexo 14 se adjunta las relaciones de personal actualmente afectas a las distintas prestaciones (por servicios categoría tipo de contrato y antigüedad), a efecto de los estipulado en los correspondientes convenios colectivos, particularmente en cuanto a la subrogación. Dichos puestos de trabajo se consideran como mínimos para la prestación de los servicios requeridos en el mismo presente pliego con los condicionantes en el señalados (y especialmente en el artículo 10) los cuales deben ser mantenidos durante la vigencia del periodo concesional.”

En el anexo se contemplan los trabajadores a subrogar identificados con números de orden del 1.001 al 2.100, esto es, 1.100 puestos de trabajo, compromiso de subrogación que este Tribunal comprueba que consta en la oferta de la adjudicataria. Ahora bien, nada obsta para que a la hora de calcular los costes de personal se tengan en cuenta menos de los trabajadores a subrogar teniendo en cuenta sus situaciones laborales que no siempre tienen por qué suponer un coste para el adjudicatario. Así se realiza en la oferta de la adjudicataria, apartado 2.4 del punto B.2 del Tomo II, como comprueba este Tribunal coincidiendo los datos hechos valer en alegaciones, con el contenido de la oferta en este punto.

Siendo así que el coste de personal no tiene por qué identificarse plenamente con el número de trabajadores a subrogar, no se aprecia ni incumplimiento del PPT en cuanto a la obligación de subrogación de trabajadores, ni inviabilidad de la oferta efectuada. Debe por tanto desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

6. Imposibilidad de llevar a cabo una modificación contractual a la vista del estudio económico presentado por la UTE adjudicataria.

La última de las objeciones hechas valer en el recurso en cuanto a la viabilidad de la oferta se concreta en la falta de aportación, según se aduce, por la UTE adjudicataria de un verdadero estudio económico para cada uno de los servicios objeto del contrato, ya que en los desgloses que aporta para cada uno de tales servicios únicamente contempla el coste de la mano de obra directa, pero sin tomar en consideración ni imputar en los correspondientes precios unitarios el coste de la antigüedad y de las retribuciones de productividad que corresponde a cada servicio en virtud de sus respectivos Convenios Colectivos, tal como impone la Cláusula 23 del Anexo I PCAP, al exigir, como mínimo, los precios unitarios de personal, por categoría y turno, en base a los convenios colectivos vigentes y los cálculos de puestos de trabajo y plantilla, por categorías y turnos. A lo que debe añadirse que la UTE adjudicataria ni siquiera aporta, según reconoce el Informe de 24 de septiembre de 2014 (Documento 7, página 12), un estudio económico independiente para el servicio relativo a los puntos limpios fijos. Ello determinaría que no podría aplicarse el régimen de modificación del contrato puesto que el mismo debe realizarse en base a los precios unitarios que el concesionario del servicio emplee en el Estudio Económico.

El órgano de contratación señala que el adjudicatario sí ha incluido los conceptos antigüedad y productividad en su oferta, concretamente en el estudio económico en concepto de “promedio de antigüedad de la plantilla” y “pluses no contemplados en tablas salariales”. Por ello, a partir de esa información, sí se deduce la antigüedad a aplicar (en base al promedio de antigüedad señalado), y las retribuciones de productividad (que aparecen señaladas para concepto y actividad). Por ello, se considera que se dispone de esos conceptos y pueden ser aplicados a los precios unitarios de cada categoría, sin que ello entrañe problema alguno.

En ningún punto de los requerimientos de documentación que se efectúan en el PCAP y en el PPTP, se señala, expresamente, que dichos conceptos deben estar

incluidos en los precios unitarios, por lo que la UTE CESPAS-URBASER ha efectuado una interpretación de ello que no puede calificarse como errónea.

Respecto de los puntos limpios fijos explica que en el periodo de licitación una empresa efectuó una consulta sobre si era necesario incluir en el desglose el concepto “puntos limpios fijos”, a lo que se contestó que no era necesario ya que la explotación de estas instalaciones no era objeto del contrato, lo que se reflejó en el informe de valoración.

La adjudicataria manifiesta que su estudio económico cumple con la globalidad de los requerimientos del contrato tanto en claridad y precisión, como en información, sin que en ningún punto del pliego se establezca la necesidad de que tales datos obedezcan a un modelo concreto.

Examinada la oferta de la adjudicataria, se constata que en el Tomo II “Otra documentación a presentar”, punto B.2, “Estudio económico y plan económico financiero”, se contiene un capítulo dedicado a precios unitarios. En concreto en dicho capítulo se recogen los precios unitarios de personal por categoría y turno, en base a los convenios colectivos vigentes que contempla (CC de la empresa FCC suscrito con los Comités de empresa RBU Madrid Capital para los años 2013 y 2014 y el CC de la empresa FCC para los años 2010, 2011, 2012, y 2013, para el colectivo que presta sus servicios en la misma en las actividades de recogida de papel, vidrio, cartón, envases contenedores voluminosos, puntos limpios móviles, y pilas y otros residuos en el municipio de Madrid). Dicho estudio contiene además un cálculo del número de jornadas efectivas de trabajo, y una tabla de los precios unitarios de personal en la que constan, para cada puesto de trabajo, el número de código de Convenio colectivo, las jornadas/año que le corresponden, las horas año, precio año/ jornada y hora, señalando específicamente que no contemplan los beneficios industriales, ni los gastos generales ni el IVA. Se recogen también los

precios unitarios de maquinaria para cada tipo de vehículo, y los de instalaciones fijas

A la vista de todo lo anterior no se observa que con tales datos no sea posible calcular los costes unitarios de cada prestación al objeto de proceder a modificar el contrato en su caso.

Por último dado que los puntos limpios fijos no forman parte de las prestaciones del contrato, y así se hizo constar en la contestación a consulta formulada por Valoriza el 16 de septiembre de 2014, no era preciso incluir su cálculo de costes de personal en la oferta.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 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, en la fecha del encabezado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto don R.P.V., en nombre y representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (FCC), contra el Decreto de fecha 13 de octubre de 2014, del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, por el que se adjudica el contrato denominado “Gestión del servicio público de recogida y transporte de residuos en la zona periférica de la ciudad de Madrid”, nº de expediente: 131/2014/12376.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la

interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo 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.