

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

En Madrid, a 12 de diciembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por los representantes legales de PREZERO GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A y de PAPREC SERVICIO AMBIENTAL, S.A., que concurren en compromiso de UTE, contra el Acuerdo, de 5 de noviembre de 2024, de la mesa de contratación por el que se le excluye del procedimiento de licitación del “Contrato de concesión de obras para la construcción y explotación del complejo ambiental en Colmenar Viejo, así como la explotación del conjunto de infraestructuras de tratamiento de residuos de la Mancomunidad de Municipios del Noroeste” número de expediente CPA 5/2022, Financiado con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 4 de noviembre de 2023 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 7 de noviembre en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 1.091.259.759,84 euros.

A la presente licitación se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo. - El 17 de enero de 2024 se reúne la mesa de contratación para proceder a la apertura del archivo electrónico 1 y calificar la documentación administrativa, resultando admitidas las cinco empresas que han presentado oferta. Posteriormente se abre el archivo electrónico 2 que contiene la documentación que se valora mediante criterios sujetos a juicio de valor.

El 19 de septiembre de 2024 se reúne nuevamente la mesa de contratación para dar lectura del informe técnico, de 13 de septiembre de 2024, que valora los criterios sometidos a juicio de valor. Posteriormente, en el mismo acto se procede a la apertura del sobre C que contiene la documentación que se valora de forma automática por aplicación de fórmulas.

Consta en el Acta de la sesión celebrada el 19 de septiembre de 2024, que: *“El Presidente indica que, conforme a la cláusula 27 del Pliego de Cláusulas Administrativas, se analizará lo previsto en el apartado B, respecto a la concurrencia de algún motivo de entre los previstos para rechazar alguna oferta, en cuyo acto se declarará la admisión de las ofertas, la puntuación final y la propuesta de calificación al órgano de contratación.*

Entre la documentación se presenta el programa económico que se indica en el apartado K.1 del CCP, cuyo contenido requiere del correspondiente estudio por la mesa de contratación, que pudiera estar asistida por técnicos y expertos. Por esta circunstancia, en este acto la mesa no realiza propuesta de calificación de la mejor oferta (...).”

En la sesión celebrada por la mesa de contratación, el 18 de octubre de 2024, se acuerda dar trámite de audiencia en relación con algunos aspectos del programa económico presentado por los licitadores en el archivo electrónico C.

Los días 25,28 y 31 de octubre se reúne la Mesa de Contratación para analizar las aclaraciones presentadas por los distintos licitadores. Consta en el Acta respecto al recurrente que. *“El licitador aclara y justifica como se ha obtenido el presupuesto base de licitación en el programa económico presentado, según la estructura que figura en el CCP y que ascendería a 948.949.360,04 €.*

Aporta: Anexo I de modelo de oferta económica y criterios automáticos, que coincide con el presentado en el sobre/archivo electrónico C abierto por la mesa el día 19 de septiembre de 2024.

En relación con lo anterior, el licitador indica que se ha detectado un error material o aritmético en la aplicación de la tasa de actualización de gastos e ingresos.

La mesa de contratación comprueba que en el programa económico se excede del precio base de licitación según el apartado B.1 del Cuadro de Características Particulares del Contrato. En la licitación los ingresos derivados de las tarifas por la Mancomunidad sin IVA son de 689.361.730,30 €, importe que se incrementa con las aportaciones de la Comunidad de Madrid y las subvenciones al importe de 737.144.887,34 € sin IVA, siendo el importe total con IVA al tipo del 10 %, exceptuadas las subvenciones, de 806.081.060,37 €.

El licitador además aporta además aclaración y justificación de la tasa de descuento empleada.”

El 5 de noviembre de 2024 la Mesa de Contratación acuerda proponer al órgano de contratación la admisión y exclusión de las ofertas presentadas, la clasificación de las ofertas y requerir al primer clasificado la documentación previa a la adjudicación.

Respecto a la recurrente consta en el acta: *“Proponer al órgano de contratación la exclusión de la oferta presentada por el licitador: Sociedades PREZERO GESTION DE RESIDUOS Y PAPREC SERVICIOS AMBIENTALES SL. de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 27 B1 del PCAP, como causas de no admisión: superar el presupuesto máximo de licitación o el plazo máximo señalado para la ejecución previstos en el contrato”*.

Tercero. - El 4 de noviembre de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representante de la UTE en el que solicita que se admita su oferta al procedimiento de licitación.

El 21 de noviembre de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), solicitando la inadmisión del recurso y subsidiariamente la desestimación.

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 28 de noviembre de 2024, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De acuerdo con el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador excluido del procedimiento de licitación y, en consecuencia “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El acto impugnado fue notificado el 6 de noviembre de 2024 y el recurso especial se interpuso el 15 de noviembre de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - Procede analizar si el Acuerdo de la mesa de contratación por el que se propone la exclusión del recurrente, es susceptible de recurso especial en materia de contratación dado que el órgano de contratación considera que no es un acto de trámite cualificado.

Defiende la UTE que el acuerdo de la mesa de contratación por el que se le excluye del procedimiento de licitación es un acto de trámite cualificado que le impide continuar en el procedimiento y por lo tanto susceptible de recurso especial en materia de contratación incardinado en el supuesto contemplado en el artículo 44.2.b) de la LCSP.

Opone el órgano de contratación que la exclusión de un licitador acordado por la mesa de contratación no es un acto de trámite cualificado por lo que no es susceptible de recurso especial en materia de contratación. Fundamenta sus argumentos en que artículo 326.2.a) de la Ley 9/2017, LCSP, atribuye a la mesa de contratación: “*a) La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación*”.

Continúa exponiendo el órgano de contratación que los artículos 140 y 141 de la Ley 9/2017, LCSP se refieren al acto de apertura de las ofertas y la comprobación de que la documentación presentada cumple los requisitos previos, y por tanto se presenta la declaración responsable y la documentación exigida. En esta licitación la documentación exigida de requisitos previos a incluir en el sobre/archivo electrónico, se indican en la cláusula 26 del Pliego de Cláusulas Administrativas. Supuesto que no ha concurrido, por cuanto que la mesa de contratación en la sesión celebrada el día 17 de enero de 2024, admite todas las ofertas incluida la de PREZERO GESTION DE RESIDUOS Y PAPREC SERVICIOS AMBIENTALES SL.

Apunta que la admisión o inadmisión precisa que la propuesta de la mesa de contratación sea aceptada por el órgano de contratación, esto es la Asamblea General. El carácter de acto cualificado se producirá cuando el acuerdo o el acto de aceptación sea adoptado por dicho órgano, que en este momento no ha concurrido, y por ello el recurso, no resulta admisible. Por ello, al considerar que no es un acto de trámite cualificado y por tanto no susceptible de impugnación mediante el recurso especial en materia de contratación, no se indicó en el acuerdo la posibilidad de interposición de recurso y tampoco se notificó a los interesados.

Vistas las posiciones de las partes procede transcribir la cláusula 27 del PCAP que se refiere a la calificación de la documentación presentada, valoración y apertura de proposiciones cuyo tenor literal es:

“La Mesa de contratación calificará la declaración responsable y la restante documentación y si observase defectos subsanables, otorgará al empresario un plazo de tres días hábiles, salvo que las omisiones constituyan según este pliego motivos de rechazo y exclusión de la licitación, para que los corrija y presente aclaraciones o documentos complementarios. La comunicación a los interesados se efectuará por notificación por medios electrónicos. Se establece un plazo de tres días naturales para subsanar la documentación a contar del día siguiente de la notificación a través de la

plataforma de contratación del sector público. Calificada la documentación y realizadas, si procede, las actuaciones indicadas, la Mesa de Contratación procederá en acto público, a hacer un pronunciamiento expreso sobre los admitidos a licitación, los rechazados y de las causas de su rechazo.

Motivos generales para rechazar las proposiciones.

(...)

B.- En la valoración de las ofertas técnicas y económicas de los licitadores se procederá, mediante resolución motivada, a la no admisión de aquellas proposiciones que incurran en alguna de las causas siguientes:

1.- Superar el presupuesto máximo de licitación o el plazo máximo señalado para la ejecución previstos en el contrato.

De lo expuesto es evidente que corresponde a la mesa de contratación adoptar el acuerdo de los licitadores excluidos y el motivo del rechazo de su oferta como así lo hizo. El PCAP es tajante en este aspecto.

No es una cuestión controvertida que los acuerdos de la mesa de contratación por el que se excluye a los licitadores del procedimiento es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, pues es evidente que impide continuar con el procedimiento de licitación.

El órgano de contratación defiende también que no es un acto de trámite cualificado basándose en dos resoluciones de tribunales administrativos de contratación pública, pero las mismas no versan sobre el caso que aquí nos ocupa, pues se refieren a que la propuesta de adjudicación no es un acto de trámite cualificado.

De acuerdo con lo expuesto hemos de concluir que el acto impugnado es un acto de trámite cualificado, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de concesión de obras cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. En

consecuencia, el acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.c) y 2.b) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del asunto, alega la UTE que en relación con su oferta, el órgano de contratación le requirió para que aportase aclaración del programa económico presentado ya que el mismo era superior al presupuesto base de licitación determinado en el PCAP:

- -Presupuesto base de licitación (IVA INCLUIDO) previsto en los pliegos: 806.081.060,37 euros.
- -Presupuesto base de licitación (IVA INCLUIDO) propuesto en el programa económico presentado por PREZERO y PAPREC. 948.952.401,07 euros.

En la aclaración presentada en fecha 24 de octubre por parte de la agrupación, en relación con el valor obtenido en el programa económico, se señalan distintas cuestiones: en primer lugar, el porcentaje de baja ofertado del 4,50 %; en segundo lugar, el escenario de evolución de toneladas y balance de masas y, en tercer lugar, la tasa de actualización de gastos e ingresos.

Respecto al porcentaje de baja ofertado, el escrito de aclaración señala que en ningún caso supera el presupuesto base de licitación. En cuanto a la tasa de actualización de gastos e ingresos, el mismo escrito señala que se trata de meros errores materiales o aritméticos que fueron debidamente corregidos y precisados. Ahora bien, respecto al escenario de toneladas y balances de masas, el escrito de aclaración indica que el programa económico presentado en la oferta contempla un escenario de evolución de las distintas fracciones de residuos a tratar que difiere del considerado en los pliegos. El motivo que subyace en la decisión de la agrupación de considerar unas entradas y unas salidas de toneladas diferentes a las contempladas en el dimensionamiento técnico-económico y el estudio de viabilidad del contrato se encuentra, en el propio pliego, el cual requiere en el apartado K1 del Cuadro de Características Particulares (pp. 41 y 42) que *“La información aportada en el*

correspondiente programa económico ha de corresponderse con variables acertadas que posibiliten una visión lo más realista posible de los aspectos económicos en los que va a realizarse la prestación, susceptible de fácil comprobación en cuanto a viabilidad y margen de actuación se refiere”.

Expone la UTE que el programa económico presentado en su oferta contempla un escenario de evolución de las distintas fracciones de residuos (toneladas) a tratar que difiere del considerado en los pliegos. Entiende que el programa económico tiene carácter vinculante en todas sus variables (en el caso de las inversiones, la baja y los costes operativos), pero no en el valor de las toneladas que se reciban en el complejo de cada fracción, que tienen carácter estimatorio.

En este sentido pone de relieve que:

A) En total, el programa económico señala un presupuesto base de licitación (IVA INCLUIDO) de 948.952.401,07 euros. En concreto, la cantidad que se refleja en concepto de los ingresos derivados de las tarifas a aportar por la Mancomunidad (sin IVA), es de 819.244.767,34 euros.

B) Este dato constituye una estimación y se ha calculado conforme se indica en el propio Cuadro de Características Particulares del Contrato de Concesión de Obras del Complejo Ambiental Ubicado en Colmenar Viejo, es decir, de la forma más realista posible. Así, en el apartado relativo a “Del Contenido del Criterio Referente a la Oferta Económica”, concretamente en el subapartado “Programa Económico”, se señala lo siguiente: *“La información aportada en el correspondiente programa económico ha de corresponderse con variables acertadas que posibiliten una visión lo más realista posible de los aspectos económicos en los que va a realizarse la prestación, susceptible de fácil comprobación en cuanto a viabilidad y margen de actuación se refiere”.*

C) La necesidad de que los licitadores contemplen una estimación lo más realista posible se refuerza con la aclaración n.º 36 publicada por la entidad contratante, en la que se trasladan los datos de entradas en cada una de las instalaciones para los años 2020, 2021, y 2022.

D) A este respecto, y siguiendo tanto lo dispuesto en el pliego como en la aclaración posterior, la UTE ha realizado una estimación de toneladas a tratar, en función de las cuales se establece el valor estimado del contrato (tonelada tratada por el precio de la tarifa contenida en el Cuadro de Características Particulares, en función del porcentaje reseñado aplicando la baja ofertada), que son superiores a las que se contienen en el Estudio de Viabilidad porque se ajustan más a la realidad, conforme se requiere en el propio Cuadro de Características.

E) Teniendo en cuenta lo anterior, resulta evidente que si un licitador considera que las toneladas a tratar contenidas en el Estudio de Viabilidad son inferiores a las que realmente se tratarán, tiene que elaborar su programa económico de forma que sea viable la prestación del servicio, es decir, tomando en consideración la cifra que se considere más adecuada. Ya que las inversiones a realizar deben preverse en atención a una estimación lo más realista posible o de lo contrario la capacidad productiva de la instalación podría verse afectada.

F) Siguiendo el razonamiento de la Mesa de Contratación establecido en la Aclaración n.º 36, si no se pudiera contemplar una cifra superior a la contenida como presupuesto máximo de licitación, ello implicaría que durante la ejecución del contrato, si se tratarán más toneladas de las previstas y se superara ese importe, el adjudicatario se quedase sin recibir compensación alguna por las toneladas adicionales tratadas, lo cual no tiene ninguna lógica y, evidentemente, rompería el equilibrio económico del contrato, dado que en los supuestos de modificación del mismo no se prevé dicha circunstancia sino únicamente el incremento y la ampliación de nuevas infraestructuras complementarias a las existentes para el tratamiento de

otros residuos no incluidos, debiendo llevarse a cabo con la implantación de la mejor tecnología disponible.

En definitiva, de acuerdo con su exposición considera la recurrente que el programa económico y los pliegos de condiciones respecto a la oferta es vinculante en sus variables principales, mientras que aquellas relaciones con factores inciertos, como el volumen de toneladas recibidas en el complejo, deben entenderse como estimaciones sujetas a variaciones. Estas variables no deben ser consideradas como definitivas sino como previsiones razonables en función de las circunstancias cambiantes del mercado.

Por su parte el órgano de contratación expone que la recurrente no aporta ningún documento o información suplementaria que justifique esa visión más realista de toneladas y balance de masas, cuando la información que resulta del Estudio de Viabilidad y el dimensionamiento técnico económico, tramitados, objeto de información pública no se corresponde con esa salida de entradas y salidas de toneladas con la que se construye el programa económico.

El cuadro de Cláusulas Administrativas del contrato, exige que junto a la oferta económica Anexo I de modelo de oferta económica, se ha de presentar en el sobre/archivo electrónico C, el programa económico, contenido de criterio referente a la oferta económica.

El programa económico tiene carácter esencial por cuanto ha de regir la licitación y formará parte del contrato a suscribir; en el cual no se puede superar el precio de licitación.

En el trámite de audiencia y/o aclaraciones concedido por la mesa, se habilitó a las recurrentes como contempla el apartado K.1 del Cuadro de Características Particulares del Contrato, página 49, no apreciándose con la contestación dada que se tratará de un error material, aritmético o de hecho. El mismo apartado dice

expresamente: *“El programa económico ofertado tendrá carácter vinculante, pasando a ser parte del contrato, en todos y cada uno de los valores en él contemplados”*. En el propio recurso, admite que el programa económico presentado por las recurrentes, el importe de presupuesto de licitación es de 948.952.401,07 € superior al presupuesto base de licitación que es de 806.081.060,37 €, con IVA incluido en ambos casos.

La retribución que ha de percibir el contratista adjudicatario será el resultado de las tarifas propuestas aplicando la baja ofertada, al número de toneladas a tratar en cada fracción. Los derechos reconocidos en el artículo 257 de la Ley 9/2017, LCSP, incluyen el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión en la forma y previsión del artículo 270 de la Ley. Esta previsión permite rechazar el argumento expresado por las recurrentes de que en caso de superar las toneladas el adjudicatario dejase de percibir la compensación.

Visto lo alegado por las partes señalar que los pliegos son claros en cuanto a que uno de los motivos de exclusión de la oferta es que ésta supere el presupuesto máximo de licitación y que el programa económico ofertado tendrá carácter vinculante pasando a ser parte del contrato en todos y cada uno de los valores en el contemplados.

No se puede acoger la pretensión de la recurrente pues al margen de que las toneladas recibidas en el complejo pueden ser estimativas, lo cierto es que la oferta no puede ser superior al presupuesto base de licitación.

La Mancomunidad realizó un estudio de viabilidad en el que se recoge datos de toneladas, datos de los vertidos reales de 2020 a 2023, dimensionamiento técnico y económico, datos, como señala el órgano de contratación, ponen de manifiesto que las estimaciones de los documentos publicados han servido para determinar que el precio se ajusta a la realidad y a su proyección. Datos no cuestionados por las empresas recurrentes, salvo la afirmación de que no son correctos, con la finalidad de justificar importe superior del programa económico, al del precio base de licitación.

Llegados a este punto es preciso recordar que como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

La recurrente pudo haber impugnado los pliegos en el momento procedimental oportuno, sin embargo, no lo hizo. Por lo tanto, queda vinculada a lo dispuesto en los pliegos y la consecuencia es la exclusión del procedimiento de licitación por superar su oferta el presupuesto base de licitación.

Por último, señala la recurrente que carece de motivación el acuerdo de exclusión a lo que opone el órgano de contratación que la motivación resulta de la verificación de que el presupuesto de licitación incluido en el programa económico supera el precio base de licitación y el límite máximo de gastos a asumir por la Mancomunidad, y de la aplicación de la cláusula 27.B.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas, que contempla en ese supuesto el rechazo de la oferta que supere el presupuesto máximo de licitación. La concurrencia del supuesto de hecho de superar el precio máximo y la aplicación de la cláusula 27.1.b) constituye la motivación y justificación para excluir la oferta.

Este Tribunal no puedo acoger las pretensiones del recurrente pues en el acuerdo por el que se excluye la oferta de la UTE queda determinado de forma expresa el motivo : *“Superar el presupuesto máximo de licitación”*.

En consecuencia, se desestima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por los representantes legales de PREZERO GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A y de PAPREC SERVICIO AMBIENTAL, S.A., que concurren en compromiso de UTE, contra el Acuerdo, de 5 de noviembre de 2024, de la mesa de contratación por el que se le excluye del procedimiento de licitación del “Contrato de concesión de obras para la construcción y explotación del complejo ambiental en Colmenar Viejo, así como la explotación del conjunto de infraestructuras de tratamiento de residuos de la Mancomunidad de Municipios del Noroeste” número de expediente CPA 5/2022, Financiado con el Plante de Recuperación, Transformación y Resiliencia,

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 28 de noviembre de 2024.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.