

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

En Madrid, a 29 de agosto de 2019.

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. (en adelante FCC), contra el Acuerdo de la Delegada del Área de Gobierno de Medioambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid por el que se la excluye y se declara desierto 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.

Tras la tramitación oportuna, mediante Decreto de 13 de octubre de 2014, se adjudicó a la UTE Urbaser-Cespa el contrato, siendo formalizado dos días más tarde, el 17 de octubre.

Por la representación de FCC se interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación. El recurso fue desestimado por Resolución 203/2014 de 26 de noviembre.

FCC interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución citada y contra la adjudicación del contrato, que fue estimado mediante sentencia número 203 de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de marzo de 2018, señalando en su Fundamento de Derecho Decimoprimerlo lo siguiente:

“Así pues, la estimación del Recurso por los dos submotivos acabados de exponer, determina que quede sin efecto la Resolución del TACP impugnada, y que asimismo se anule la adjudicación del concurso a la UTE Urbaser Cespa, por no ser conforme a Derecho.

Además de lo anterior, y en consonancia con lo solicitado en su demanda por la mercantil recurrente, procede lo siguiente:

1º. Ordenar la retroacción de las actuaciones del expediente de contratación, a fin de que se proceda a valorar las dos proposiciones restantes, respetando los principios de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores.

(...)"

Tercero.- La Delegada del Área de Gobierno de Medioambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid adopta con fecha 12 de junio de 2019, Acuerdo por el que a la vista de la sentencia dictada y los informes técnicos emitidos acepta la propuesta de la mesa de contratación y excluye las ofertas de FCC y UTE Valoriza Servicios Medioambientales S.A y Sacyr S.A., declarando desierto el contrato.

Cuarto.- El 4 de julio de 2019, FCC interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal contra el Acuerdo de exclusión en el que solicita que se anule y que su oferta sea admitida a la licitación o subsidiariamente que se le conceda plazo de subsanación de las posibles deficiencias del plan de residuos presentado.

Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en el artículo 56. 2 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 (en adelante LCSP).

El informe del órgano de contratación expone las razones que motivan la exclusión de la recurrente, concretamente las deficiencias del plan de residuos presentado por lo que considera que el recurso debe ser desestimado.

Quinto.- Con fecha 18 de julio de 2019, se dio trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento. Ha presentado escrito de alegaciones por Urbaser de cuyo contenido se dará cuenta al resolver sobre el fondo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP, 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 recurso.

El expediente de contratación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la Disposición Transitoria primera de la LCSP, sin perjuicio de que a la tramitación del recurso le sea de aplicación la LCSP, por haberse dictado el acto objeto del recurso, con posterioridad al 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la Ley, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de la citada disposición.

Segundo.- La recurrente está legitimada para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una licitadora excluida, “cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo fue comunicado 13 de junio de 2019, e interpuesto el recurso el 4 de julio de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de exclusión en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Considera la recurrente que no existe motivo de exclusión de la oferta de FCC porque sí aporó plan de gestión de residuos peligrosos procedentes de puntos limpios móviles. Argumenta que *“el plan de gestión de residuos peligrosos procedentes de puntos limpios móviles se requería a los licitadores pero no era objeto de valoración a efectos de los criterios de adjudicación (cfr. el apartado 18 del Anexo 1 del PCAP), por lo que cabe afirmar que dicho plan sólo debería tenerse en cuenta en fase de ejecución del contrato y únicamente respecto al adjudicatario. Además tan sólo se definía el contenido mínimo de dicho plan haciendo referencia a: (i) detalle de las fases del plan de gestión y (ii) condiciones de almacenamiento, transporte a puntos de gestión y tratamiento final. No se especificaban las fracciones o tipos de residuos peligrosos que debían ser objeto de análisis en el plan.*

En este sentido, la determinación de las clases de residuos peligrosos que debían haber sido objeto de análisis en el plan de gestión que hace ex post el informe técnico de 29 de junio de 2018 constituye un complemento necesario de esta exigencia documental que debería haber figurado en el PPT desde el inicio, no siendo válido que se defina ahora, a posteriori, el contenido del plan de residuos, vulnerando los principios de igualdad de trato y no discriminación, publicidad, transparencia y objetividad”.

El órgano de contratación en su informe opone que *“En la redacción de este segundo fundamento jurídico, FCC plantea que el plan de gestión de residuos peligrosos procedentes de puntos limpios móviles se requería a los licitadores, pero no era objeto de valoración a los efectos de los criterios de adjudicación, por lo que interpreta la empresa que dicho plan sólo debería tenerse en cuenta en fase de ejecución de contrato y únicamente respecto al adjudicatario. (pág. 10 del recurso). Efectivamente, en la adjudicación inicial del contrato en el año 2014 se efectuó esta interpretación, no considerándose la existencia o idoneidad del mencionado plan en la licitación, dando como resultado la adjudicación del contrato a la UTE formada por Urbaser, SA y Cespa, SA. No obstante, la empresa FCC ya interpuso en su momento*

otro recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, con resolución de fecha 26 de noviembre de 2014.

En el mismo, el mencionado Tribunal entró a valorar la existencia de los mencionados planes entre los licitadores, señalando expresamente en su resolución lo siguiente:

“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.” Es decir, la resolución de noviembre de 2014 del TACPCM ya contemplaba la falta de adecuación y contenido del plan de gestión de residuos que aparece en la oferta de la empresa Fomento de Construcciones y Contratas, SA, y planteaba la posibilidad de exclusión de la misma por ese motivo. (...)”

Finalmente expone que “Independientemente de los aspectos jurídicos y legales que intervengan en estas consideraciones, debe considerarse en primer lugar que la oferta de la UTE adjudicataria también hacía mención a determinados residuos que se recogen en puntos limpios móviles, y aquello podría haberse considerado como un esbozo de plan, al que, según el criterio de FCC, se le podía haber pedido subsanación (aunque bien es cierto que el TSJM determina que la UTE no presentó nada parecido a un plan y por tanto dejó fuera a la UTE de la licitación).

En segundo lugar, el requerir a un licitador para que aclare o subsane errores o carencias de aspecto técnico de su oferta (independientemente del soporte legal que permita hacerlo) es entendible que sólo pudiera hacerse en caso de que la documentación fuera globalmente completa (y como tal permita a los servicios técnicos municipales que las valoren tener una idea clara del planteamiento) pero adoleciese de errores materiales puntuales y de carácter secundario, o poco claros.

Pero en ningún caso requerir al licitador para que completase casi el 90 % de las fracciones de residuos peligrosos que no se mencionan en su oferta, o que se

desarrolle detalladamente todas las fases de gestión de todos y cada una de esas fracciones (...) El informe técnico de fecha 29 de junio de 2019 no hace sino volver a aplicar los criterios empleados en la adjudicación inicial si bien, al tratarse de una ejecución de sentencia, incorpora los aspectos señalados en la sentencia del TSJM en lo relativo a la presentación y contenido de los planes de gestión de residuos peligrosos de puntos limpios móviles.

La sentencia implica que el tribunal otorga una especial importancia a dichos residuos y su gestión, ya que aun cuando se trata de una cantidad mínima de residuos en el cómputo total del contrato (en torno al 0,003 %), las características de peligrosidad de parte de los residuos recogidos mediante ese sistema imponen la necesidad de disponer del mismo, independientemente de las cantidades gestionadas, y que contemple todos los aspectos y fracciones de residuos requeridos en el PPTP”.

Urbaser en trámite de alegaciones manifiesta que “el Tribunal Superior de Justicia determina que la regresión de la retroacción habrá de coincidir con la valoración de la proposición de FCC, acentuando que habrá de respetarse los principios de trato y no discriminación de los licitadores. Si consecuencia de esta nueva valoración FCC, resultara adjudicataria, tendría derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos (...) Como adecuadamente recoge la Sentencia ejecutada, la retroacción del procedimiento no implica la adjudicación del mismo a la recurrente, sino el punto de inicio de una nueva valoración conforme a los Pliegos rectores.”

Debe señalarse en primer lugar que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, estima el recurso y anula la adjudicación por dos submotivos:

- 1.- La oferta de la UTE adjudicataria no contiene una descripción detallada de los vehículos.
- 2.- No existe plan de gestión de residuos.

Es importante destacar respecto del segundo de los motivos que la sentencia dice textualmente: *“esta sala examinado la documentación técnica aportada por la UTE Urbaser- CESP, el plan de gestión de residuos peligrosos no consta allí.”*

Por tanto debemos concluir que la sentencia se limita a estimar dos motivos que justifican la exclusión de la oferta de la UTE adjudicataria, sin que en ningún caso establezca criterios de valoración del mencionado plan, solo su obligatoriedad.

Es decir, se pronuncia la Sala sobre diversas causas de exclusión invocadas por la recurrente, estimado dos de ellas y ordenando la retroacción del procedimiento para valorar a las dos ofertas previamente admitidas.

La causa de exclusión de FCC esgrimida ahora por el órgano de contratación, se refiere al plan de residuos, que según afirma contiene deficiencias, que anteriormente no consideró determinantes de la exclusión, pero que según se explica, a la vista de los argumentos de la sentencia, ahora considera insubsanables.

El Tribunal no puede compartir esa argumentación.

En primer lugar porque los fundamentos de la sentencia, como ya se ha visto, no se refieren a posibles deficiencias del plan sino a su ausencia en la documentación técnica de la adjudicataria, lo cual implica una diferencia cualitativa importante.

En segundo lugar, porque el citado plan de residuos, aunque sea obligatoria su presentación, y en este caso se ha presentado, no se tiene en cuenta para el examen de la viabilidad de la oferta y por ende para la valoración de la misma, por lo que si en su momento se dio por válido o suficiente, el hecho de que la sentencia haya determinado la exclusión de la oferta de la adjudicataria que no lo incluyó, en nada condiciona la apreciación que deba dar la mesa a la oferta de FCC en este aspecto.

Sobre las potestades revisoras de la Mesa, este Tribunal ha señalado que le facultan para corregir los errores de procedimiento que se le pudieran plantear, pero que no son ilimitadas y debe respetar, en todo caso, las reglas procedimentales de la contratación. En este caso la igualdad de trato entre los licitadores.

Por último, en cuanto a la posibilidad de modificar el informe de valoración emitido en su día y admitido por la Mesa, cabe señalar el criterio expuesto por el Tribunal en su Resolución 57/20015 de 15 de abril, en la que respecto a una cuestión análoga se concluía que *“No se niega la facultad del órgano de contratación de subsanar un supuesto error o irregularidad durante la tramitación del procedimiento, sino que dicha subsanación, en cualquier caso, no puede vulnerar la legislación aplicable, los principios que deben garantizarse en la contratación pública y los derechos de los licitadores.(...) Ciertamente el artículo 160.1 del TRLCSP permite solicitar informes técnicos para verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego o para la valoración de las proposiciones, pero ni el TRLCSP ni los pliegos autorizan a que se pueda realizar una nueva calificación de la documentación acreditativa de la solvencia una vez hecho público el resultado de tal calificación y declaración expresa de las licitadoras admitidas y mucho menos que ello permita modificar el sentido de la decisión. Una vez abiertas las ofertas económicas no cabe efectuar juicios técnicos relativos a la capacidad de los licitadores pues tales cuestiones debieron haberse revisado con ocasión de la emisión del informe solicitado por la Mesa de contratación. De otro modo se estaría alterando el orden del procedimiento establecido en el TRLCSP y normativa reglamentaria de desarrollo que tiene por objeto garantizar la objetividad de la adjudicación.”*

Conviene señalar que en este caso, de acuerdo con el apartado 18 del Anexo I del PCAP, los criterios de adjudicación son todos valorables en cifras o porcentajes.

El único criterio que en estos momentos debería aplicarse de nuevo, como consecuencia de lo ordenado en la sentencia, es el número 1: Porcentaje de baja sobre el precio unitario de licitación: 80 puntos, puesto que según se establece en el apartado, la puntuación máxima se otorgará al licitador que más porcentaje de baja proponga sobre el precio unitario base de licitación, repartiéndose el resto de puntuaciones según una fórmula matemática.

Al haberse excluido una oferta, la fórmula debe aplicarse a las dos restantes y la puntuación será distinta de la realizada en la primera valoración. Las puntuaciones en el resto de criterios no varían.

En consecuencia la retroacción de actuaciones en este caso implica la aplicación del criterio de valoración expresado, manteniéndose la valoración ya realizada de los restantes y posteriormente la clasificación de las ofertas admitidas para realizar la adjudicación que corresponda.

En base a lo anterior, el recurso debe ser estimado, anulando el Acuerdo impugnado, debiendo admitirse la oferta de la recurrente y continuando el procedimiento de la forma indicada.

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 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto don

R.P.V., en nombre y representación de Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., contra el Acuerdo de la Delegada del Área de Gobierno de Medioambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid por el que se la excluye y se declara desierto 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, anulando dicho acuerdo, debiendo admitir la oferta de la recurrente y continuar el procedimiento de adjudicación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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 de la LCSP.