

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

En Madrid, a 24 de marzo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el Grupo Municipal Ciudadanos en el Ayuntamiento de Majadahonda contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir en la adjudicación del contrato *“prestación de servicios de recogida, transporte y gestión de residuos urbanos (con sistemas de recogida tradicional como de recogida neumática), limpieza viaria, gestión de punto limpio, suministro, mantenimiento y conservación de elementos destinados a la recepción de residuos (contenedores, buzones de recogida neumática, papeleras, caja-contenedor, sanecanes y dispensadores de bolsas)”*, expediente 52/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 18 de febrero de 2022, se publicó en la Plataforma de Contratos del Sector Público los Pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato. El día 21 del mismo mes se publicó en el DOUE.

El valor estimado de contrato asciende a 127.271.738,23 euros y un plazo de

ejecución de 10 años.

Segundo.- El 10 de marzo de 2022, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por el Grupo Municipal Ciudadanos, en el que solicita la anulación de determinadas cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP).

Tercero.- El 16 de marzo de 2022, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación 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 (en adelante LCSP).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello. Se acredita la legitimación de los concejales del Grupo Municipal Ciudadanos del Ayuntamiento de Majadahonda para la interposición del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP y conforme al artículo 24.4 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual

(RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, que dispone: *“Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados”*.

Queda acreditado que los recurrentes asistieron en fecha 14 de febrero de 2022, a la Comisión Informativa de Desarrollo Urbano, cuyo orden del día incluía el dictamen de la propuesta de la Junta de Gobierno Local por delegación del Pleno, para la aprobación del expediente de contratación objeto de recurso, votando en contra.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido que por lo que se refiere a los miembros de las corporaciones locales, *“existe una legitimación ex lege, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto, -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el artículo 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local. Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, expresamente utilizada por el recurrente en su escrito, independiente del derivado del régimen general -y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio, (...) encaja claramente en un interpretación conjunta de los artículos 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL, que el concejal,*

por su condición de miembro -no de órgano- del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido 'mediante sufragio universal, libre, directo y secreto' de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los artículos 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación”.

A mayor abundamiento citamos la Sentencia de 25 de septiembre de 2015, del TSJ AR que seña *“Pues bien, desde una perspectiva normativa y jurisprudencial los concejales de un Ayuntamiento pueden recurrir los actos o disposiciones de éste en supuestos de infracción del ordenamiento jurídico, siempre con la condición de no haberlos apoyado. Los concejales cuentan con una legitimación directamente derivada de la condición de representantes populares, además de la más abstracta de defensa de la legalidad, frente a la que tan solo se impone la exigencia de haber concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad del órgano colegiado municipal, que resulta equiparable a quienes no hubieran formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento, pues es idéntico, en uno y otro caso, el interés en el correcto funcionamiento de la corporación que subyace en el título legitimador que ahora se examina”.*

De este modo los concejales ostentan la condición de representantes populares de las correspondientes corporaciones locales, condición de la que dimana su legitimación ad hoc para poder impugnar los actos del Ayuntamiento que consideren contrarios al ordenamiento jurídico, y que se traduce en un interés concreto de controlar su correcto funcionamiento, como medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de los fines propios y específicos del municipio como entidad local, no siendo para ello un déficit de legitimidad el no haber asistido a la sesión del órgano plenario en el que se adoptaron los acuerdos recurridos”.

Asimismo, se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron publicados el 18 de febrero de 2022, e interpuesto el recurso el día 10 de marzo, por tanto se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los Pliegos de 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.a) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar en el fondo del asunto resulta de interés destacar que el PCAP establece un sistema de puntuación de las ofertas, sobre un máximo de 337 puntos, de acuerdo con la siguiente distribución:

1. Sujetos a juicio de valor (118 puntos):
 - . L1C1 - Memoria técnica: hasta 118 puntos.
2. Objetivos sujetos a evaluación posterior (219 puntos):
 - . L1C2 - Oferta económica: hasta 118 puntos.
 - . L1C3 - Incremento de frecuencias: hasta 71 puntos.
 - . L1C4 - Mejoras red neumática: hasta 27 puntos.
 - . L1C5 - Ampliación horario punto limpio: hasta 1,5 puntos.
 - . L1C6 - Vehículos inspección: hasta 1,5 puntos.

Para la valoración de la oferta económica el PCAP establece la siguiente fórmula:

“La distribución de puntos se realizará aplicando la siguiente fórmula que tiene por objeto el reparto proporcional de todos los puntos:

$$P_i = P \cdot \left[1 - K \cdot \left(\frac{O_i - O_m}{O_i} \right) \right]$$

Donde:

- P_i : Puntuación correspondiente a la oferta que se está valorando.
- P : Puntuación máxima del criterio (118).
- K : Índice corrector (0,5).
- O_m : Oferta Económica más baja de las presentadas.

- O_i: *Oferta económica que se evalúa.*

En el caso de que un licitador oferte un porcentaje de baja del 0%, dicho licitador obtendrá 0 puntos en este criterio.

En el caso de que se presentase un único licitador, su puntuación será la máxima, sea cual sea su porcentaje de baja.

La elección de esta fórmula se basa en disponer de un método que asigne una puntuación de forma lineal, a la vez que intente no favorecer la presentación de bajas excesivas que luego se demuestran incompatibles con una adecuada ejecución del contrato. El efecto atenuador de esta fórmula se ve compensado por los criterios utilizados para establecer los umbrales de las bajas anormales.

La oferta económica se presentará acorde al modelo recogido en el Pliego de Prescripciones administrativas”.

Entrando en el fondo del asunto, el recurrente fundamenta su recurso en dos motivos:

1- Sobre el sistema de puntuación de ofertas, la ponderación de los distintos criterios reflejados y su impacto sobre los principios que deben guiar la contratación pública.

2- Sobre el perjuicio que la no división por lotes del contrato genera sobre los principios por los que debe guiarse la contratación pública.

1. Respecto al primer motivo de impugnación alega que la fórmula establecida para valorar la oferta económica es de las denominadas “*fórmulas con umbral de saciedad*”, y de acuerdo con la justificación que se incluye en el Pliego en su apartado 22.1, tiene el objetivo de: “*(...) intentar evitar que se realicen bajas excesivas que pudieran llegar a comprometer la correcta ejecución del contrato. Se recalca la expresión intentar evitar ya que la propia fórmula no impide el hacer bajas elevadas, simplemente las hace poco atractivas*”. A su juicio, la fórmula que se ha elegido lleva a los licitadores a no realizar una baja, pues la diferencia de puntos que pueden dejar de obtener es muy pequeña. En apoyo de su tesis realiza una simulación de distintas

ofertas y los puntos que obtendría cada una de ellas. A título de ejemplo, señala *“un licitador presenta una oferta con una baja de 1 céntimo de euro, (es decir 106.059.781,85 €,) veamos qué diferencia de puntos se llevaría este licitador frente al que haga la oferta más baja y que, por ende, se llevaría la máxima puntuación de 118 puntos. Importante recordar que la puntuación máxima de la licitación es 337 puntos:*

- *Si la baja máxima presentada fuera un 10 % (es decir, 95.453.803,67 €) el licitador que presente una baja de 1 céntimo de euro, entrando la fórmula, se llevaría 112,10 puntos, es decir 5,90 puntos menos de la máxima puntuación. Otra forma de verlo, ofertar 1 céntimo de € de baja supone “perder” frente al que oferta una baja de más de 10,6 millones de euros (10.605.978,19 €) sólo 5,90 puntos de un total de 118 puntos. Una diferencia de 5,90 puntos representa respecto del total de puntuación de la licitación (337) un 1,75 %”.*

Considera que la fórmula que se propone en el PCAP impide a los licitadores, por no ser interesante en absoluto, ofertar mayores bajas, con la consiguiente pérdida de ahorro para la entidad contratante. Es claro que se desincentiva a los licitadores puesto que su esfuerzo económico carecerá de premio.

Señala que los criterios de valoración subjetiva pasan a ser decisivos con independencia del peso que nominalmente se les otorga en el Pliego (En el Pliego se otorga a los criterios sujetos a juicio de valor, ver cláusula 21, hasta 118 puntos). Por ejemplo, la máxima diferencia de puntuación asignada entre una oferta considerada como *“muy buena”* y como *“buena”* es de 29,5 puntos. Mismas diferencias máximas se producen entre los siguientes tramos de *“Buena”* a *“regular”*, de *“regular”* a *“Insuficiente”* y de ésta última a *“muy deficiente”*. Es evidente que, aunque se incluyan numerosos elementos a evaluar, en la realidad el peso de los criterios sujetos a juicio de valor tiene, de facto, mayor relevancia en la adjudicación que el criterio de oferta económica, aunque de partida ambos criterios partan con la misma puntuación máxima.

Concluye señalando que la fórmula propuesta es contraria al principio de economía, vulnera el principio de igualdad de trato y no discriminación, pues reciben casi igual valoración proposiciones con precios dispares, restringe el principio de competencia, ya que esta fórmula desmotiva a aquellos licitadores que estén dispuestos a presentar una oferta más competitiva y no se justifica de ninguna manera en el PCAP que la fórmula empleada es de todas las posibles la óptima.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la premisa fundamental con la que se han redactado los pliegos técnicos de contratación reside en el espíritu del artículo 145 de la LCSP que es que la oferta que resulte adjudicataria sea la que suponga la mejor relación calidad/precio para la Administración contratante. Destaca, así mismo, la complejidad del tipo de contratos y la importancia de que la oferta que resulte adjudicataria lo sea en las condiciones más adecuadas desde el punto de vista económico y desde el punto de vista técnico.

Señala que la fórmula utilizada es de las consideradas como fórmulas de saciedad, cuyo objetivo no es otro que el intentar evitar que se realicen bajas excesivas que pudieran llegar a comprometer la correcta ejecución del contrato, lo que no impide hacer bajas elevadas, simplemente las hace poco atractivas. La fórmula matemática empleada para la valoración de la oferta económica no establece un umbral de saciedad, entendido en el sentido de aquellos a partir del cual independientemente de la oferta económica a realizar ya no se reparten más puntos.

Por lo anterior, al no existir umbral de saciedad, no se fija ningún porcentaje máximo de baja y por tanto los licitadores pueden obtener la puntuación máxima si realizan la oferta más baja.

Considera que la fórmula empleada en relación a la oferta económica cumple uno de los principios básicos que se debe respetar en cualquier licitación: la mejor oferta económica es la que mayor puntuación recibe, en este caso la más baja,

recibiendo la menor puntuación la más alta. El resto de las ofertas reciben la puntuación de forma proporcional de acuerdo con la fórmula elegida.

Respecto a la manifestación realizada por la recurrente poniendo en duda que el pliego, en relación a la distribución de la puntuación realizada, no garantiza la no discriminación ni garantiza la igualdad de trato para posteriormente argumentar que lo determinante en este proceso serían los criterios subjetivos, alega que con tal manifestación se podría estar dando a entender que tal distribución de la puntuación se ha hecho de forma tal que el Ayuntamiento pueda deliberadamente y a priori “*dirigir*” que empresa podría resultar adjudicataria, extremo éste que no deja de ser un juicio de valor de carácter subjetivo, que excede del ámbito técnico-jurídico.

Respecto a la alegación de del recurrente de que la oferta económica en ningún caso supone el 35,01 % del total de la licitación, el límite más absurdo supone el 17,5 % y que contradice la supuesta proporcionalidad a la que apela la justificación recogida en los pliegos, alega que la fórmula, tal y como ha quedado acreditado, es proporcional y por tanto la manifestación realizada por los recurrentes no es cierta. Aun cogiendo ese “*límite absurdo*” del 17,50 % el resto de criterios de carácter objetivo supondrían un 29,98 %. Si sumamos ambos porcentajes obtendríamos un 47,48 % porcentaje que es superior al 35,01 % del criterio L1C1 subjetivo.

Respecto a los criterios los criterios L1C3, L1C4, L1C5 y L1C6, señala la enorme variabilidad de posibilidades que hay ya que en realidad, aunque se hayan agrupado los criterios por temática, son 20 criterios diferentes, siendo muchos de ellos “*multiopción*”, por lo que parece cuando menos osado manifestar por los recurrentes que los resultados serán previsibles y esperables y por tanto se debe entender esta afirmación como desafortunada ya que, a su juicio, resulta imposible predecir la estrategia que seguirán los diferentes licitadores y por tanto saber cuál o cuáles de los criterios serán ofertados.

Finalmente, señala que hay que tener en cuenta que además del precio hay establecidos otros 20 criterios de adjudicación (aunque varios de ellos se hayan agrupado bajo un mismo epígrafe en esencia son criterios diferentes): L1C1, de L1C3.A a L1C3.I, de L1C4.A a L1C4.I, L1C5 y L1C6 que otorgarían el 64,99% de los puntos frente al 35,01% del criterio “precio”.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la fórmula recogida en los pliegos para valorar la oferta económica es ajustada a Derecho.

Este Tribunal, en primer lugar, ha de señalar que el artículo 145 de la LCSP regula con carácter general los requisitos y clases de criterios de adjudicación a utilizar en los contratos determinando concretamente en el apartado 5 que los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato deben cumplir los siguientes requisitos: *“a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato; b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; y c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”*.

Asimismo, se observa que el apartado 22 del CRC del PCAP cumple con lo previsto en el apartado 2 del artículo 146 de la LCSP, que regula la aplicación de los criterios de adjudicación, puesto que utiliza una pluralidad de criterios de adjudicación en su determinación, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 145.3.g), dando preponderancia a aquellos que hacen referencia a características del objeto del contrato que pueden valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la

mera aplicación de las fórmulas establecidas en el pliego, y justifica en el expediente la elección de las fórmulas recogidas.

A la vista de los mencionados artículos 145 y 146 y de lo alegado por las partes cabe afirmar que el criterio de adjudicación recogido en el apartado 22 del CRC del PCAP no incumple la LCSP, puesto que está claramente vinculado al objeto del contrato, formulado de manera objetiva sin vulneración de los principios generales que rigen la contratación pública y garantizando la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Así no cabe considerar discriminatorio el criterio impugnado puesto que se va a aplicar por igual a todos los licitadores que concurren a la convocatoria, sin que pueda suponer ventaja de ningún tipo de unos frente a otros, y sin que quede afectada la libre competencia, ni quepa posibilidad de subjetividad en la ponderación del criterio, al estar determinado con claridad en el PCAP y evaluarse mediante la aplicación de una fórmula, que asigna la mayor puntuación a la oferta con mayor porcentaje de baja y de forma proporcional corregida al resto de licitadores. Igualmente se han respetado escrupulosamente los principios de publicidad y transparencia y la necesidad de justificación de las razones por las que se considera aconsejable y adecuada la elección de la fórmula empleada en cumplimiento con carácter general de lo previsto en el artículo 28 de la LCSP, en relación con el artículo 116.4 c) y con carácter más específico en el 146.2 de la LCSP.

Por otra parte, cabe recordar que frente a la concepción de la “*oferta económicamente más ventajosa*” de la derogada normativa de contratación, la nueva Ley de Contratos pivota sobre el concepto de “*mejor relación calidad-precio en la prestación contractual*” (artículos 1.3, 131.2, y 145 LCSP).

En nuestra Resolución 220/2021, de 20 de mayo, señalábamos “*Como ha mantenido este Tribunal en anteriores resoluciones cabe aceptar diferentes fórmulas para la asignación de puntos al criterio precio, en consonancia con la doctrina de la mayoría de los Tribunales de resolución de recursos en materia de contratación, entre otras la 51/2019 “los criterios para el establecimiento de fórmulas matemáticas para*

la calificación del criterio precio han sido debatidos ampliamente por los Tribunales, existiendo múltiples fórmulas entre los distintos órganos de contratación, sin que se pueda llegar a concluir que exista una única opción que sea la mejor de las fórmulas a aplicar o la más equitativa, o cuál de ellas es la peor”.

La construcción doctrinal y jurisprudencial ha permitido establecer una serie de requisitos que deben cumplir las fórmulas económicas para ser válidas:

- Puntuar con 0 puntos a la oferta que iguale el precio de licitación.*
- Atribuir la mayor puntuación a la oferta más baja.*
- No prever umbrales de saciedad.*
- No considerar la baja media para atribuir puntuación.*
- Que no resulte de la aplicación de la fórmula una reducción significativa en los márgenes entre las ofertas más caras y las más económicas ni tampoco márgenes desproporcionados en la puntuación entre las ofertas.*
- Que no permitan obtener un conocimiento anticipado de la puntuación aproximada del licitador”.*

La fórmula utilizada en el pliego recurrido cumple con los criterios mantenidos pues:

- Reparte todos los puntos asignados.
- Da mayor puntuación a la oferta más ventajosa y asigna cero puntos a la oferta coincidente con el precio de licitación.
- No establece umbrales de saciedad, entendido en el sentido de aquellos a partir de los cuales independientemente de la oferta económica a realizar ya no se reparten más puntos.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considera preferible una fórmula que asigne cero puntos a la oferta coincidente con el precio de licitación, y la máxima puntuación a la oferta más barata, repartiéndose el resto de puntos de forma proporcional a la baja realizada, pero somos conscientes que es una cuestión de oportunidad opinable pero no de legalidad. Además como ya indicó este Tribunal en otras la Resoluciones anteriormente no cabe obviar que el sistema de

proporcionalidad puro, pese a sus indudables bondades, también puede producir resultados que magnifiquen diferencias económicas mínimas, lo que permite considerar como válida las fórmulas, que como la que nos ocupa, recurran a un proporcionalidad corregida, que se consigue en este concreto caso con la aplicación de la fórmula incluida en los pliegos.

Como ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sus informes 8/97 y 42/12, la legislación contractual deja en libertad a cada órgano de contratación para poder establecer en el pliego los criterios de valoración, y la ponderación que corresponda a cada uno de ellos. El informe 8/97 declara expresamente la legalidad de la fórmula utilizada en este procedimiento manifestando que *“resultan ajustadas todas aquellas fórmulas que atribuyan a la menor oferta económica la mayor puntuación, y a la mayor oferta económica la menor puntuación”*.

Por todo lo anterior, la fórmula utilizada para valorar el criterio precio es ajustada a Derecho, por lo que procede la desestimación del presente motivo de impugnación.

2. Respecto al segundo motivo del recurso, resulta de interés transcribir la cláusula 22 del PACP que dispone, entre otros asuntos, lo siguiente:

“En la elaboración del presupuesto anual de explotación se deberá tener en cuenta que el precio total por la prestación del servicio para realizar las labores propias del sistema de recogida neumática asignadas al tecnólogo, de acuerdo con lo dispuesto en el PPT, queda establecido como precio cerrado en 1.461.405,58 € anuales más el IVA correspondiente, sin perjuicio de las revisiones de precios si proceden”.

El recurrente alega que en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en la Sección 11ª. Red de recogida neumática. Tecnólogo y labores de acompañamiento, se obliga a las empresas ofertantes a dar el servicio de gestión del sistema de recogida neumática a una empresa especializada: *“Para ello, el Adjudicatario deberá contratar este servicio a una empresa tecnólogo. Se presentará un precontrato firmado con una*

empresa tecnólogo donde se recoja, como mínimo la prestación de los servicios de operación y mantenimiento por la empresa tecnólogo, el ámbito de tales servicios, el precio y la duración de los mismos”.

A su juicio, el hecho de que en el PCAP se esté obligando a los licitadores a “contratar” unos servicios fijos a una empresa especializada (el tecnólogo) y que además deban incluir en su oferta este servicio con un importe determinado e invariable, va en contra de la justificación de no dividir el contrato en lotes, pues de facto se está creando un lote, con el perjuicio de que en este caso, el Ayuntamiento se queda sin capacidad alguna para elegir con criterios similares a los establecidos en el PCAP para el resto del concurso que empresa especialista puede prestar el servicio con la mejor calidad-precio. Lo deja al albur de la empresa adjudicataria, con un precio fijo y por tanto sin posibilidad de obtener una oferta ventajosa. Con ello, se vulneran todos los principios propios de la contratación pública, así como el de transparencia y publicidad en los procedimientos.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la división en lotes con la creación de un lote para el tecnólogo:

- Dificultaría la correcta ejecución del contrato desde el punto de vista técnico; ya que impediría continuar disponiendo del personal de limpieza viaria como reserva para garantizar la cobertura inmediata de cualquier necesidad imprevista de personal en el servicio de recogida de residuos urbanos ya sea para la recogida tradicional mediante camión recolector y contenedor o ya sea mediante el sistema de recogida neumática, que es de ejecución imprescindible y no puede sufrir interrupciones en su prestación; se produciría así mismo un deterioro de los otros aspectos técnico-organizativos.

- Imposibilitaría la coordinación de varias prestaciones básicas del mismo, ya que existen trabajos esenciales de limpieza viaria y de recogida de residuos urbanos (tanto mediante sistema tradicional como mediante recogida neumática) que se

encuentran imbricados o que se solapan sobre un mismo objeto, y cuya segregación en lotes conllevaría la imposibilidad de coordinar técnicamente la ejecución de las actividades y la imposibilidad de delimitar con nitidez la responsabilidad de cada uno de los contratistas.

- Y además generaría un sobrecoste lo que supondría una grave lesión de los principios de racionalización y uso eficiente de los fondos públicos.

A mayor abundamiento señala que es al órgano de contratación al que le corresponde en función de las necesidades del objeto del contrato que se pretende satisfacer, indicar si la no división en lotes del contrato es justificada, si es un mecanismo eficaz para incrementar la competencia en la adjudicación, si existen razones de eficiencia para adoptar este criterio, es decir ajustarse a nuestra normativa estatal como comunitaria.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación lo dispuesto en el artículo 99 de la LCSP:

“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única.

En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.

(...)

3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.

Como manifestaba este Tribunal en la Resolución 124/2018 “la decisión de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión, discrecional del órgano de contratación pero sujeta a control, y en este control se debe partir de que el criterio general en la nueva LCSP, como explica en su preámbulo, es “Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora), debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas (...)”.

Cabe recordar que el diseño del contrato en la detección de las necesidades a cubrir, la forma de hacerlo, las exigencias a imponer a los adjudicatarios y demás elementos que conforman la relación contractual, corresponde al órgano de

contratación y se basa en el principio de libertad de pactos, conforme a lo establecido en los artículos 28 y 34 de la LCSP. Estas potestades deben cohererse con las necesidades de promoción de la libre competencia y del acceso de las PYMES a la contratación pública, eliminando aquellos requerimientos que supongan barreras injustificadas.

La nueva normativa sobre la división en lotes, no obliga a los poderes adjudicadores a dividir necesariamente los contratos en lotes, sino a su toma en consideración motivada y expuesta en el expediente, en función de las posibilidades técnicas que en cada contrato permitan tal división. Efectivamente la Directiva 2014/24/UE, en el Considerando 59, advierte que la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo, evitar la colusión y proteger la transparencia, la competencia y las posibilidades de acceso al mercado de las PYME.

Respecto de la discrecionalidad del órgano de contratación, la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, si bien, acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos. La Directiva 2014/24/UE alude al principio de discrecionalidad en el Considerando 78, cuando afirma que *“el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”*. Lo que no excluye la de revisión por parte de los Tribunales por falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia.

En el caso que nos ocupa, el informe que consta en el expediente de contratación, justifica en sus conclusiones la no división en lotes en base a los siguientes aspectos, que son desarrollados exhaustivamente en el cuerpo del informe:

- Dificultaría la correcta ejecución del contrato desde el punto de vista técnico; ya que impediría continuar disponiendo del personal de limpieza viaria como reserva para garantizar la cobertura inmediata de cualquier necesidad imprevista de personal en el servicio de recogida de residuos urbanos, que es de ejecución imprescindible y no puede sufrir interrupciones en su prestación; y se produciría así mismo un deterioro de los otros aspectos técnico-organizativos.

- Imposibilitaría la coordinación de varias prestaciones básicas del mismo, ya que existen trabajos esenciales de limpieza viaria y de recogida de residuos urbanos que se encuentran imbricados o que se solapan sobre un mismo objeto, y cuya segregación en lotes conllevaría la imposibilidad de coordinar técnicamente la ejecución de las actividades y la imposibilidad de delimitar con nitidez la responsabilidad de cada uno de los contratistas.

- Y además generaría un sobrecoste estimado de 609.408,31 euros anuales sin GG, BI ni IVA, que ascendería a 7.641.980,21 euros para la duración total del contrato (GG, BI e IVA incluido), lo que supondría una grave lesión de los principios de racionalización y uso eficiente de los fondos públicos.

Esta justificación se refiere de modo más expreso a la no división en lotes de la parte del contrato correspondiente a la gestión de residuos por un lado y la limpieza por otro. Este aspecto no es cuestionado por la recurrente, que se centra en el servicio tecnológico exclusivamente.

La cláusula 22 del PACP efectivamente dispone, entre otros asuntos, lo siguiente:

“En la elaboración del presupuesto anual de explotación se deberá tener en cuenta que el precio total por la prestación del servicio para realizar las labores propias del sistema de recogida neumática asignadas al tecnólogo, de acuerdo con lo dispuesto en el PPT, queda establecido como precio cerrado en 1.461.405,58 €

anuales más el IVA correspondiente, sin perjuicio de las revisiones de precios si proceden”.

A este respecto, como señala el órgano de contratación el tecnólogo se encuadraría dentro del objeto del contrato de gestión de residuos y si se pretendiese crear un lote de forma separada se incurriría en gastos superiores a los que se detallan ya que sería necesarios contar con todo el personal de Servicios Generales por duplicado ya que ambos servicios limpieza y recogida por un lado y tecnólogo por otro prestan el servicio en el mismo intervalo de tiempo. Así mismo de forma análoga a como se ha expuesto para el servicio de limpieza y el de recogida, se duplicarían los costes comunes de explotación así como los costes inversión como equipamiento de taller, vehículos, etc.

Simplemente por el hecho de que se haya puesto un precio cierto a las labores del tecnólogo no implica la necesidad, ni la obligación, de establecer un lote diferenciado, sino de determinación del coste del mismo. Se trata, por tanto, de un servicio muy específico y especializado referido únicamente a la recogida neumática, que se encuentra dentro del objeto del contrato referido a recogida de residuos, sin que tenga entidad para constituirse en un lote.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

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

la representación del Grupo Municipal Ciudadanos en el Ayuntamiento de Majadahonda contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que han de regir en la adjudicación del contrato *“prestación de servicios de recogida, transporte y gestión de residuos urbanos (con sistemas de recogida tradicional como de recogida neumática), limpieza viaria, gestión de punto limpio, suministro, mantenimiento y conservación de elementos destinados a la recepción de residuos (contenedores, buzones de recogida neumática, papeleras, caja-contenedor, sanecanes y dispensadores de bolsas)”*, expediente 52/2021.

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 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 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.