



Recurso nº 473/2013 C.A. Murcia 022/2013

Resolución nº 423/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 26 de septiembre de 2013.

VISTO el recurso especial interpuesto por D. J.M.B.R-M., en representación de GRUPO GENERALA DE SERVICIOS INTEGRALES, PROYECTOS MEDIOAMBIENTALES, CONSTRUCCIONES Y OBRAS S.L y D. R.D.G. y D. M.D.G. en representación de JOSÉ DÍAZ GARCÍA S.A contra su exclusión del procedimiento abierto de licitación para la “Contratación de la prestación de servicios de limpieza viaria, y recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos domésticos en el municipio de San Javier” Expediente nº 05/2013, convocado por el Ayuntamiento de San Javier, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de San Javier anunció la licitación pública, por procedimiento abierto, para la “Contratación de la prestación de servicios de limpieza viaria, y recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos domésticos en el municipio de San Javier” Expediente nº 05/2013, a través del Boletín Oficial de la Región de Murcia de 20 de marzo de 2013, y con un valor estimado de 86.424.998,10 € y presupuesto base de licitación neto de 4.801.388,79 € anuales.

Segundo. Contra el acuerdo de exclusión, la UTE recurrente a través de su representante, presentó escrito en el registro del órgano de contratación, solicitando la anulación del acuerdo y retrotrayendo las actuaciones al momento de la admisión de la proposición técnica y valoración de la misma.

El órgano de contratación remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación acompañado del oportuno informe.

Tercero. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. La UTE LIROLA INGENIERÍA OBRAS S.L y EMYPLAN S.L ha evacuado este trámite en plazo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Murcia publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 21 de noviembre de 2012.

Segundo. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa licitadora que ha concurrido a la licitación.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto en el plazo de los quince días hábiles previstos en el artículo 44.2. a) del TRLCSP.

Cuarto. Tratándose de un contrato de gestión de servicios públicos se plantea si se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 40 TRLCSP para poder considerar el acto impugnado susceptible del recurso especial en materia de contratación.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1 c) del TRLCSP serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos referidos a contratos celebrados por Administraciones Públicas que ostenten la condición de poder adjudicador:

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo superior a cinco años.

En la resolución de este Tribunal número 262/2012 ya se examinaron los requisitos para calificar un contrato como de gestión de servicio público, y que se aplican ahora a éste para su valoración. Esta gestión integral ha sido declarada expresamente el objeto del contrato. El contrato se celebrará por quien reúne la condición de Administración Pública y poder adjudicador.

Ahora bien, el elemento relevante para llegar a la conclusión de que el acto objeto de impugnación se refiere a un contrato de gestión de servicio público en la interpretación que del mismo se ha llevado a cabo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la asunción del riesgo por parte del concesionario. Precisamente por ello, el Tribunal debe ponderar si la calificación del contrato del cual trae causa el acto recurrido, es o no correcta con independencia del *nomen iuris* empleado por el órgano de contratación, pues de ello dependerá la admisión del recurso.

La asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica la condición de concesión de servicios, siendo consecuencias de ella la utilización de éstos por los particulares y el mayor o menor grado de participación del concesionario en la organización del servicio.

En el caso que nos ocupa, la cláusula decimosexta del PCAP señala que el contrato se celebra a riesgo y ventura del contratista, garantizando el derecho del particular a utilizarlo mediante el abono de la contraprestación económica que se fije en la tarifa aprobada, pero lo que no queda claro es que este riesgo se asuma por el contratista pues percibe una cantidad fija mensual y no consta que el precio que se abona al adjudicatario varíe en función de concurrencia de otras circunstancias (cláusula decimonovena del PPT).

Por todo ello, consideramos que el contrato no ha sido correctamente calificado como contrato de gestión de servicio público, al no asumir el contratista el riesgo del negocio y percibir la retribución a tanto alzado mensual, según la periodicidad de servicios que presta y que se han fijado en el PPT.

En cualquier caso, llegados a este punto, la conclusión es evidente: la admisión del recurso especial frente a un acto relativo a un contrato de gestión de servicio público ya

no se encuentra condicionada a que concurran los dos requisitos que establece el artículo 40.2 c) del TRLCSP sino a la letra b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros, y al ser las prestaciones sujetas a licitación variadas y su importe superior a 200.000€ cabe el recurso especial.

Quinto. Respecto al fondo del asunto, el recurrente alega la denegación de acceso al informe del Comité de Expertos de 17 de mayo de 2013, un excesivo formalismo al haberse excluido su oferta por defectos meramente formales, que no se ha producido el incumplimiento del PPT en su cláusula 27 que se refiere a la presentación de un reglamento de servicio pues el contenido no era exhaustivo sino indicativo y por no afectar a la valoración de la oferta, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 6.b) del PPT. También añade que no ha incumplido el artículo 17.2 del anteproyecto de explotación que se refiere a la definición de la forma de hacer las encuestas pues la cláusula 28.2º del PPT no refleja esta exigencia y por ello hay discordancia entre el PPT y el anteproyecto de explotación, y reitera, como en el caso anterior, que no afecta a la valoración de la oferta, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 6.b) del PPT, por tratarse de una cuestión accesorias.

Por su parte el órgano de contratación emite un informe el 30 de agosto de 2013 en el que señala que el informe le fue entregado por correo electrónico el 28 de agosto de 2013 a su solicitud pero que conocía su existencia desde 12 de junio sin que lo hubiera requerido con anterioridad. Que la mesa de contratación en el desarrollo del procedimiento ha empleado un criterio de flexibilidad y de fomento de la concurrencia de las empresas licitadoras. Con relación al reglamento de servicios, lo aportado en la oferta de la recurrente se refería al cumplimiento de otras cláusulas del PPT, como la 13.2, 17 y 18 y los artículos 8.1.8 y 11 del anteproyecto de explotación. Con relación al incumplimiento del detalle de la forma de efectuar las encuestas, entiende que el artículo 17.2 del anteproyecto de explotación y la cláusula 28.2º del PPT son complementarias y no contradictorias, y que la remisión del licitador recurrente a un tomo VII tras la aclaración solicitada por la mesa no permite extraer cómo va a ser la forma de efectuar las encuestas.

La UTE LIROLA INGENIERÍA OBRAS S.L y EMYPLAN S.L formuló alegaciones manifestando su conformidad con el recurso presentado por la recurrente excluida y reiterando los argumentos del recurso.

Sexto. Para examinar la cuestión objeto de controversia, se hace necesario en primer término examinar el defecto formal alegado de denegación del informe solicitado. Figura en la documentación remitida por el órgano de contratación, como documento nº 17, acta de la mesa de contratación de 14 de agosto de 2013 en que se exponen los motivos de exclusión y consta en las actuaciones recibidas de los representantes de la UTE (documento nº 16) relativos al informe del comité de expertos de documentación evaluable mediante juicio de valor, en el documento nº 18 del expediente se constata la remisión por correo electrónico del informe solicitado en el registro el 26 de agosto de 2013.

Por otro lado, la empresa recurrente fue requerida de aclaración sobre el contenido de su oferta, aplicando la mesa de contratación el criterio recogido en varias resoluciones de este Tribunal siempre que el alcance del requerimiento y posterior aclaración no suponga una modificación de la oferta.

Con relación a las objeciones a las causas concretas de exclusión del procedimiento es preciso reproducir el contenido de los pliegos cuya indebida aplicación demanda la recurrente.

En primer lugar considera la recurrente que no se ha producido el incumplimiento del PPT en su cláusula 27 que se refiere a la presentación de un reglamento de servicio pues el contenido no era exhaustivo sino indicativo y por no afectar a la valoración de la oferta, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 6.b) del PPT.

La cláusula 27 señala: “Los licitadores deberán incluir en sus ofertas, una propuesta de reglamento de servicio en el que se definan sus características, las normas de funcionamiento interno, los derechos y deberes de los usuarios y operarios de servicios, la referencia a los distintos servicios, el régimen disciplinario y los procedimientos de queja, reclamaciones y quejas y sugerencias de los usuarios, siendo este contenido meramente indicativo y no exclusivo.”

En la cláusula octava del PCAP se prevé que en el sobre nº2 se incluya toda aquella documentación justificativa del cumplimiento de las especificaciones técnicas previstas en el pliego de prescripciones técnicas.

El recurrente estima que lo presentado en los tomos V (Plan de Medios Materiales y Humanos) y VII (Control de Calidad. GPS. Campañas de concienciación) de su oferta daba respuesta a la exigencia de la cláusula 27 del PPT aunque no se adoptara la forma de documento independiente.

Ahora bien la aportación de este reglamento de servicio, adopte o no un formato de documento independiente, es una exigencia que todos los licitadores deben cumplir y que se prevé tanto en el PPT como en el PCAP y su incumplimiento supone que no es posible valorar si se daba plena satisfacción a los requisitos exigidos en el PPT y no puede conducir sino a la exclusión del licitador recurrente. El hecho de que se precisase que el contenido era enunciativo y no exhaustivo lo que permitía al licitador era completarlo y mejorarlo pero no obviar su presentación. La descripción de los medios, tanto humanos como materiales, como los sistemas de control de calidad, no da satisfacción a la cláusula 27 del PPT que se refería al funcionamiento y organización del servicio ofertado. El recurrente no impugnó en su momento el pliego, ni tampoco consta que haya solicitado aclaración sobre este punto al órgano de contratación, simplemente no lo incluyó en su oferta por lo que ahora no es el momento oportuno de cuestionar la forma de dar encaje o satisfacción a un requisito contemplado en el PPT.

Séptimo. El recurrente argumenta que no ha incumplido el artículo 17.2 del anteproyecto de explotación, que se refiere a la definición de la forma de hacer las encuestas, pues la cláusula 28.2º del PPT no refleja esta exigencia y por ello hay discordancia entre el PPT y el anteproyecto de explotación, y reitera, como en el caso anterior, que no afecta a la valoración de la oferta, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 6.b) del PPT, por tratarse de una cuestión accesoria. El órgano de contratación considera que no hay contradicción y que las cláusulas son complementarias.

La cláusula 28.2 del PPT dispone: “Con objeto de mejorar la calidad de los servicios, que se presten a los ciudadanos acercando los trabajos que se realizan, con la demanda de los mismos, se hace necesario conocer su opinión y aquellos aspectos en los cuales se

necesite corregir, mejorar o ampliar. Para ello el adjudicatario realizará cada dos años una encuesta representativa, la cual permita obtener con una fiabilidad del 5 % la opinión de los ciudadanos del Municipio de San Javier, respecto de los servicios, objeto de este contrato que se están realizando.

La primera encuesta se realizará durante el primer trimestre de prestación del servicio y servirá para conocer la situación actual y poderla comparar con las sucesivas que se vayan realizando.

Los sondeos de opinión que se realizarán por cuenta del contratista, deberán ser ejecutados por empresa especializada con acreditada experiencia en este tipo de consultas.

Se dispondrá de un libro de registro de llamadas recibidas, que se produzcan, en las oficinas del contratista como en el negociado del servicio municipal correspondiente. En el mismo, se anotarán todos los datos de las llamadas recibidas, consultas efectuadas, reclamaciones etc.... y estará siempre a disposición municipal.

El CONTRATISTA, presentará en el plazo máximo de 3 meses después de la firma del contrato un PLAN DE CALIDAD que, tomando como base la experiencia acumulada en la prestación del servicio, propondrá las modificaciones y adaptaciones necesarias en la forma de prestar los servicios, con eficiencia y pleno respeto a las normas de derecho, describiendo pormenorizadamente y con la documentación gráfica adecuada, los procedimientos de trabajo que propone para la adecuada prestación de los SERVICIOS conforme a este Pliego.”

El anteproyecto de explotación en su artículo 17.2 prevé la realización de una primera encuesta sobre el servicio durante el primer trimestre del contrato, y posteriormente una cada dos años, señalando que “en la oferta del licitador, se deberá definir de forma clara cómo se realizará esta encuesta, aportando todos los datos que permitan una evaluación adecuada de la misma”.

La cláusula primera del PCAP prevé que además del PCAP y el PPT los demás documentos obrantes en el expediente revista carácter contractual.

Este Tribunal se ha pronunciado en variadas ocasiones sobre el carácter vinculante de los pliegos, entre otras podemos citar la resolución número 114/2011 que señala a estos efectos, en primer lugar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «*pacta sunt servanda*» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del *non licet* contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas (sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982).

Lo cierto es que aunque de la cláusula 28.2 del PPT no parece deducirse tan claramente la obligación de realizar una oferta que comprenda la forma de efectuar las encuestas, la cláusula 17.2º del anteproyecto de explotación no ofrece lugar a dudas, y este documento complementario tiene carácter contractual y es vinculante para los licitadores concurrentes.

La aclaración al requerimiento de subsanación de la mercantil recurrente, que se remite a a su Tomo VII: Control de Calidad. GPS. Campañas de Concienciación y que contempla la creación de una página web del servicio que ofrecerá los datos registrados y administrados mediante la plataforma EcoSAT al ciudadano no incluye la definición de los medios para realizar las encuestas por lo que debe entenderse que se ha incumplido este aspecto mínimo de la oferta.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar especial interpuesto por D. J.M.B.R-M., en representación de GRUPO GENERALA DE SERVICIOS INTEGRALES, PROYECTOS

MEDIOAMBIENTALES, CONSTRUCCIONES Y OBRAS S.L y D. R.D.G. y D. M.D.G. en representación de JOSÉ DÍAZ GARCÍA S.A contra su exclusión del procedimiento abierto de licitación para la “Contratación de la prestación de servicios de limpieza viaria, y recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos domésticos en el municipio de San Javier” Expediente nº 05/2013, convocado por el Ayuntamiento de San Javier, al ser ajustado a derecho el acto de exclusión de su oferta.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, 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 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.