



**RE 054/2012**

**Acuerdo 42/2012, de 27 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. frente a la adjudicación del contrato denominado «Gestión del servicio público de eliminación de residuos en el vertedero de la Agrupación de gestión de residuos sólidos urbanos nº 8 (Teruel)», convocado por el Consorcio de la Agrupación nº 8 de Teruel (Residuos Urbanos).**

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 1 de febrero de 2012 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Gestión del servicio público de eliminación de residuos en el vertedero de la Agrupación de gestión de residuos sólidos urbanos nº 8 (Teruel)», convocado por el Consorcio de la Agrupación nº 8 de Teruel (en adelante el Consorcio), contrato de gestión de servicios públicos, modalidad concesión, procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 18 717 958,25 euros, IVA excluido.

**SEGUNDO.-** En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos la recurrente FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (en adelante FOMENTO), y GRUPORAGA, S.A. y JOSÉ ANTONIO ROMERO POLO, S.A.U. con el compromiso de constituirse en Unión Temporal de Empresas (en



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

adelante la UTE), que fue excluida por acuerdo de la Mesa de contratación de 14 de mayo de 2012. Frente a su exclusión del procedimiento la UTE presentó recurso especial, que fue estimado por Acuerdo 21/2012, de 21 de junio de 2012, de este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

**TERCERO.-** Con fecha 3 de julio de 2012 se procede por la Mesa de contratación a la apertura en acto público del Sobre nº DOS presentado por la UTE inicialmente excluida, que contenía su oferta técnica, solicitándose la emisión del informe técnico para la aplicación de los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor de todas las propuestas.

La Mesa de contratación vuelve a reunirse el 20 de julio de 2012 para la apertura de los Sobres nº TRES «Oferta económica y criterios cuya valoración puede realizarse con arreglo a fórmulas matemáticas», tras hacer pública la valoración de las proposiciones incluidas en el Sobre nº DOS de todos los licitadores en base al informe emitido el 17 de julio de 2012 por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, D. Ismael Villalba Alegre, que actúa como asesor externo. En dicho acto se acuerda excluir al licitador TEGNER, S.L. por entender que su oferta económica por tonelada de residuos para su eliminación en el vertedero supera el valor base de licitación. A continuación se procede a la clasificación de las ofertas y a elevar propuesta de adjudicación del contrato al órgano de contratación a favor de la UTE, por haber resultado la proposición económicamente más ventajosa.

Todas estas circunstancias se acreditan en las actas de las sesiones celebradas por la Mesa de contratación.





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- 2) Sostiene igualmente la nulidad de la adjudicación por incumplir la oferta de la adjudicataria el Pliego de Condiciones, en los siguientes aspectos:
- a) Incumplimiento del nivel de compactación, inferior al requerido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT).
  - b) Inconsistencia objetiva del incremento de vida útil del vertedero ofertado.
  - c) Incumplimiento de la oferta económica de las obligaciones en materia de sustitución de bajas, vacaciones y absentismo.
  - d) Inconsistencia objetiva de la oferta económica, en lo referente al consumo de combustible de la máquina pata cabra.
  - e) Incumplimiento de la oferta económica en materia de gastos de explotación del vertedero.
  - f) Incumplimiento en la oferta económica en materia de inversiones de clausura y postclausura.
  - g) Inviabilidad de la oferta económica en el capítulo de variación a la baja.

De todo ello deduce que la oferta presentada por la UTE no puede garantizar, por lo confusa y genérica de la misma, el cumplimiento del contrato, y entiende que el órgano de contratación debería haberla rechazado en aplicación de lo previsto en el artículo 152 TRLCSP, relativo a las ofertas con valores anormales o desproporcionados.

Por todo lo alegado, solicita se declare nula la adjudicación del contrato a la UTE, debiendo ser rechazada su propuesta y retrotraído el expediente al momento anterior a la adjudicación, acordando la adjudicación del contrato a favor de FOMENTO. Para el supuesto de que el Tribunal considere que la naturaleza del recurso es el de



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

reposición, se admita a trámite como tal y se le dé conocimiento de la concreta calificación del recurso, a fin de evitar indefensión.

**SEXTO.-** El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón solicita el 17 de septiembre de 2012 el expediente y el informe al que hace referencia el artículo 46.2 TRLCSP, que tienen entrada en el Tribunal el 21 de septiembre de 2012.

El 18 de septiembre de 2012, el Tribunal da traslado del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

**SÉPTIMO.-** El 24 de septiembre de 2012, D. Alejandro Puerta López-Cortazar en representación de la UTE, presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso especial planteado por FOMENTO, realizando en primer lugar algunas consideraciones sobre el contexto de la licitación (número de ofertas, distancia en puntuación entre las mismas etc.) y contradiciendo los argumentos, uno a uno, del recurrente respecto del incumplimiento por la oferta presentada de todos los requerimientos de los Pliegos, por lo que solicita la desestimación del recurso y la confirmación de que el acto de adjudicación es ajustado a derecho. En el caso de que el planteado sea considerado por el Tribunal como de reposición, solicita que las alegaciones sean consideradas oposición al mismo.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**PRIMERO.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa FOMENTO para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos en el que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, es superior a 500 000 euros, y el plazo de duración superior a cinco años. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP.

Sin embargo, existe un límite a la competencia respecto de la pretensión planteada por FOMENTO, que pide que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor. Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme a lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) y el artículo 47.2 «*in fine*» del TRLCSP respecto de este Tribunal, de modo que de existir tales vicios se ha de proceder a anular el acto o actos, ordenando se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso del órgano de contratación, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículo 62.1.b) de la LRJPAC). Cuestión distinta, ex artículo 47.2 segundo inciso TRLCSP, es que si como consecuencia del contenido del Acuerdo del Tribunal fuera preciso que



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, deberá éste recurrir al propuesto como adjudicatario concediéndole un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 151.2 TRLCSP.

Por ello se debe inadmitir dicha pretensión, por carecer de competencia para resolverla.

El recurrente, asimismo, exige la nulidad del «contrato de adjudicación» en base al artículo 37 TRLCSP, para el hipotético caso de que el órgano de contratación hubiese formalizado el mismo sin respetar la suspensión automática del acto de adjudicación que establece el artículo 45 TRLCSP. Esta pretensión no tiene ninguna viabilidad, pues como informa el órgano de contratación, dicha formalización no se ha producido.

El recuso especial se ha planteado en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 29 de agosto de 2012, practicada la notificación a FOMENTO el 31 de agosto e interpuesto el recurso en el Tribunal el 14 de septiembre, dentro del plazo que señala el artículo 44. 2 TRLCSP.

**SEGUNDO.-** Las cuestiones de fondo sobre las que se plantea la nulidad de la adjudicación, se basan en el incumplimiento por la oferta del adjudicatario de las condiciones del PPT.

Como ponen de relieve el órgano de contratación en su informe al recurso y el adjudicatario del contrato en sus alegaciones, el recurrente no cuestiona la valoración de las ofertas de acuerdo con los criterios de adjudicación previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), sino que considera que la oferta de la UTE debería haber sido rechazada pues incumple los requisitos del PPT y



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

resulta de imposible cumplimiento por incluir valores anormales o desproporcionados.

Dichos incumplimientos se refieren a aspectos técnicos, lo que lleva al órgano de contratación a cuestionar en su informe la competencia de este Tribunal para conocer del recurso, por cuanto a su entender el examen de los motivos del mismo no encajaría en la función que tiene encomendada. Y ello en base a anteriores pronunciamientos de este Tribunal, en el sentido de que su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable.

Y así es, la resolución del recurso requiere que el Tribunal examine si la actuación del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, a los Pliegos jurídico y técnico que constituyen la ley de contrato, si bien, de acuerdo con la doctrina reiteradamente sostenida por el Tribunal Supremo con respecto a la denominada discrecionalidad técnica de la Administración, cuando se trate de cuestiones que evalúan criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos.

En definitiva, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración de la propuesta del adjudicatario en cuanto a su adecuación a los requerimientos del PPT se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente.





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**TERCERO.-** Para resolver las cuestiones debatidas, es necesario analizar separadamente cada uno de los aspectos en los que la recurrente entiende que la oferta del adjudicatario incumple el PPT.

En primer lugar la recurrente asevera que siendo el índice de compactación mínimo exigido en el PPT de 0,8 Tm/m<sup>3</sup>, el ofertado por la UTE durante la primera mitad del periodo de explotación es de 0,7 Tm/m<sup>3</sup>. El adjudicatario, sin embargo, alega que FOMENTO ha utilizado interesadamente el cálculo realizado para estudiar el incremento de la vida útil del vertedero, y que queda acreditado en su oferta que la compactación media será de 0,82, 0,83 y 0,87 Tm/m<sup>3</sup> en las tres fases. El órgano de contratación por su parte considera, con una extensa argumentación que este Tribunal considera justificada, que dicho nivel no es una prescripción técnica de carácter obligatorio, sino un parámetro que opera a efectos del cálculo de la vida útil del vertedero. Este parámetro será considerado a la hora de valorar el cumplimiento de una condición esencial de ejecución, como es la densidad de compactación mínima, y sobre ese nivel mínimo de 0,8 Tm/m<sup>3</sup> resultará de aplicación el régimen de penalidades establecido en el PCAP.

Como argumenta el órgano de contratación, *«en caso de considerar esta densidad mínima de de 0,8 Tm/m<sup>3</sup> como una prescripción mínima no habría lugar, al contrario de cómo así se hace, a permitir su incumplimiento con la consiguiente previsión de imposición de penalidades o, en su caso, incluso la posibilidad de considerar su incumplimiento causa de resolución. Precisamente del hecho de que se permita el incumplimiento de la densidad de compactación de 0,8 Tm/m<sup>3</sup>, aun cuando de ello se deriven unas consecuencias negativas para el contratista, se deduce que no estamos ante una prescripción*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*mínima; si se tratase de una prescripción técnica no estaría permitido su incumplimiento, aun penalizado».*

En segundo lugar la recurrente cuestiona el incremento de la vida útil del vertedero que oferta la UTE, de 26,83 años. El órgano de contratación explica que esta cuestión ha sido valorada dentro del criterio «Mejoras» en el informe técnico, considerando solo una ampliación de 4,13 años (suma de 2,73+1,40), que fue el dato que los técnicos consideraron suficientemente justificado en la oferta. Este extremo, y su fundamentación, se motiva de manera correcta en el informe técnico de valoración incorporado en el expediente.

Los motivos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del recurso se basan en la inconsistencia de la oferta económica, en cuanto que el Plan Económico-Financiero que presenta la UTE no ha tenido en cuenta aspectos tales como: las obligaciones en materia de sustitución de bajas, vacaciones y absentismo, los gastos de explotación del vertedero y las inversiones de clausura y postclausura del mismo, la errónea estimación en cuanto al consumo de combustible de la máquina para cabra y la inviabilidad de la cantidad ofertada como *«variación sobre el volumen estimado de residuos que no implicará restablecimiento del equilibrio económico del contrato»* para el que el valor base de licitación era de 2.500 Tm/año y la UTE oferta 9.150 Tm/año.

En el informe del órgano de contratación al recurso se pone de relieve que el Plan Económico-Financiero que se exigía presentar a los licitadores no tenía un contenido obligatorio, que el PCAP incluía un borrador a los meros efectos de modelo, y que el Plan presentado por la UTE fue efectivamente el menos detallado y preciso, y por ello fue valorado con la peor de las puntuaciones, dato que se constata en el





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

14, y segundo porque no es posible que el órgano de contratación rechace de forma automática la oferta con valores anormales o desproporcionados, sino que exige la tramitación de un procedimiento contradictorio previo, de conformidad con la doctrina sentada por este Tribunal en sus Acuerdos, entre otros, 5/2012, de 24 de enero, 6/2012 y de 31 de enero.

En definitiva, como se ha señalado, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración de la oferta de la UTE en cuanto a su adecuación al PPT, se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente. Todos estos aspectos han quedado acreditados en el expediente de contratación del contrato denominado «Gestión del servicio público de eliminación de residuos en el vertedero de la Agrupación de gestión de residuos sólidos urbanos nº 8 (Teruel)», convocado por el Consorcio de la Agrupación nº 8 de Teruel, por lo que no procede la estimación de ninguno de los motivos del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP y los artículos 2, 17 y siguientes, de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

### III. ACUERDA



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial, presentado por D. Manuel Liébana Andrés en representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. frente a la adjudicación del contrato denominado «Gestión del servicio público de eliminación de residuos en el vertedero de la Agrupación de gestión de residuos sólidos urbanos nº 8 (Teruel)», convocado por el Consorcio de la Agrupación nº 8 de Teruel (Residuos Urbanos).

**SEGUNDO.-** Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47. 4 TRLCSP.

**TERCERO.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

**CUARTO.-** Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.