



Recurso nº 89/2018 C.A. Región de Murcia 5/2018

Resolución nº 208/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 2 de marzo de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. A. M. , en nombre y representación de la UTE CESPA S.A., STV GESTIÓN S.L. y GAMERO ALARCÓN TRANSPORTE DE RESIDUOS S.L., contra el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos de la Región de Murcia, de 9 de enero de 2018, por el que se acuerda la adjudicación a favor de la entidad FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A, respecto a la licitación denominada "*Contrato de servicio para el transporte y eliminación del rechazo de selección procedente de CETRASE en vertedero autorizado (expediente 01/2016/CSERV)*", el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 1 de abril de 2017 se lleva a cabo la publicación en el BOE del Anuncio del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos de la Región de Murcia, por el que se convoca licitación para la adjudicación del contrato de servicio de transporte y eliminación de rechazo de selección procedente CETRASE en vertedero autorizado. El anuncio de licitación se publicó igualmente en el Diario Oficial de la Unión Europea el 29 de marzo de 2017.

Segundo. El objeto del contrato consiste en la prestación del Servicio de transporte del rechazo desde planta de tratamiento en Ulea (Murcia) hasta vertedero autorizado y servicio de eliminación del rechazo de selección en el mismo. El valor total estimado del contrato, IVA excluido, asciende a 15.531.612,45 EUR.



Tercero. A la licitación concurre, entre otras empresas, UTE CESPAS S.A., STV GESTIÓN S.L. y GAMERO ALARCÓN TRANSPORTE DE RESIDUOS S.L. en compromiso de constitución en UTE.

Cuarto. De conformidad con el Acta de la reunión de la mesa de contratación de fecha de 7 de julio de 2017 se clasifican las ofertas por orden decreciente, y acta de 23 de octubre de 2017, por la que se propone la exclusión de la oferta UTE CESPAS S.A., STV GESTIÓN S.L. Y GAMERO ALARCÓN TRANSPORTE DE RESIDUOS S.L., en base a no haber acreditado adecuadamente la disponibilidad de vertedero mediante documento del titular de la instalación de fecha igual o anterior a la señalada en la cláusula 9.8 de los Pliegos de condiciones administrativas particulares (en adelante, PCAP).

La citada cláusula dispone: *“Se deberá acreditar la disponibilidad de vertedero/-s autorizado/-s para su uso en el presente servicio durante el plazo máximo previsto de duración del contrato (5 años) y una capacidad mínima autorizada y disponible para COGERSOL de 125.000 tm/año. Dicha disponibilidad podrá acreditarse mediante uno o más vertederos. La disponibilidad de vertedero deberá estar formalizada en documento de fecha anterior o igual al fin de plazo de presentación de proposiciones. La disponibilidad de vertedero/-s se deberá acreditar mediante: titularidad del vertedero, o autorización del órgano competente de la entidad titular del mismo para su uso durante el período de duración del contrato.”*

Quinto. La UTE CESPAS S.A., STV GESTIÓN S.L. Y GAMERO ALARCÓN TRANSPORTE DE RESIDUOS S.L. presenta como vertedero disponible para la ejecución del contrato el de Cañada Hermosa, cuya titularidad corresponde al Ayuntamiento de Murcia. Sin embargo, el órgano de contratación entiende que en la documentación presentada por la UTE no queda acreditada la disponibilidad requerida.

Por ello, se le requirió el 10 de octubre de 2017 para que justificara la disponibilidad del vertedero, presentando la UTE justificación consistente en el contrato administrativo formalizado con el Ayuntamiento de Murcia de 15 de febrero de 2011 y pliegos administrativos anexos al contrato por el que consta una autorización genérica de uso de las instalaciones de Cañada Hermosa para la entrada de residuos de procedencia distinta



a las del propio Ayuntamiento de Murcia. Así, se adjunta a dicho contrato Resolución del Concejal delegado de Fomento de 17 de octubre de 2017 por el que se autoriza expresamente la entrada de residuos procedentes del Consorcio en las instalaciones de Cañada Hermosa.

Manifiesta la mesa de contratación que la disponibilidad del vertedero justificada por la UTE licitadora a través del contrato administrativo con el Ayuntamiento de Murcia exigía una autorización específica para la entrada de cada residuo en las instalaciones de Cañada Hermosa, así expresamente se dispone en el Capítulo II del PPP de aquel contrato, y es la resolución de 17 de octubre de 2017 del concejal de Fomento es la que materializa dicha autorización específica. Entiende la Mesa de Contratación que siendo la autorización específica de fecha posterior al plazo de presentación de solicitudes se ha incumplido la cláusula 9.8 del PCAP.

Asimismo, con posterioridad, el concejal delegado de Fomento del Ayuntamiento de Murcia aclara, en resolución de 23 de octubre de 2017, que tal autorización para la entrada de residuos de COGERSOL existe desde la fecha del contrato de 15 de febrero de 2011. La mesa de contratación toma razón del documento pero mantiene su propuesta de exclusión de la licitadora del procedimiento.

Finalmente, con fecha 6 de noviembre de 2017, se acuerda la exclusión de la licitadora, según se indica, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 14 del PCAP, por no haber acreditado de forma adecuada la disponibilidad del vertedero en los términos previstos en la cláusula 9.8 del PCAP, entendiéndose, de acuerdo con la cláusula 14 del PCAP, que la licitadora ha retirado su oferta.

Sexto. Con fecha de 14 de diciembre de 2017 por la recurrente se presenta recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión, habiendo realizado el anuncio previo de recurso ante el órgano de contratación en esa misma fecha.

Asimismo, el 30 de enero de 2018, la UTE CESPAS S.A., STV GESTIÓN S.L. y GAMERO ALARCON TRANSPORTE DE RESIDUOS S.L. interpone recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de adjudicación de 9 de enero de 2018.



Séptimo. Consta informe del órgano de contratación al recurso, así como alegaciones presentadas por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. y CESPA S.A.

Octavo. Con posterioridad a la interposición del recurso, el Tribunal dicta resolución estimatoria del recurso interpuesto contra el Acuerdo de exclusión (Recurso nº 1269/2017), retrotrayendo el expediente al momento anterior a dicha exclusión, teniendo por acreditada la disponibilidad del vertedero “Cañada hermosa”.

Noveno. De conformidad con el artículo 45 del TRLCSP se ha producido la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación en virtud del recurso interpuesto contra el acto de adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para el conocimiento del presente recurso, conforme al artículo 41 del TRLCSP, 22.1.1ª del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y al Convenio de Colaboración suscrito con la Región de Murcia publicado en el BOE de 21 de noviembre de 2012.

Segundo. El recurso ha sido presentado dentro del plazo previsto en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. La legitimación activa viene determinada por lo establecido en el artículo 42 del TRLCSP. En el presente supuesto, la recurrente es la UTE que había sido excluida de la licitación.

Debe reseñarse, en primer lugar, que este Tribunal ha establecido la doctrina que postula la falta de legitimación activa para recurrir el acto de adjudicación respecto del licitador que hubiera sido excluido del procedimiento de contratación, por razón de la imposibilidad de resultar adjudicatario, cuando tal acto de exclusión hubiera sido notificado no en el Acuerdo de adjudicación, sino con anterioridad, de forma separada.



Así se han pronunciado las Resoluciones nº 559/2015, 140/2015 o 197/2015:

“En términos generales, ha señalado el Tribunal que el licitador excluido carecerá de legitimación para recurrir el acuerdo de adjudicación (...). En esta línea, la imposibilidad de resultar adjudicatario del contrato sí que es determinante de la ausencia de legitimación, como hemos declarado en multitud de ocasiones.”

De hecho, así lo ha hecho constar la reciente Resolución nº 32/2017, de 13 de enero, que declara: *“Al estar excluido del procedimiento de licitación, carece de objeto su pretensión de que se anule el acuerdo de adjudicación.”*

En este punto, aduce la recurrente la existencia de una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-355/2015, Bietergemeinschaft) que, afirma, considera activamente legitimado al licitador que ha participado en la licitación, aun cuando haya sido previamente excluido, respondiendo a la cuestión prejudicial suscitada fijando la siguiente doctrina:

“El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada.”

Sostiene la recurrente que existe una identidad absoluta de circunstancias entre el caso resuelto en dicha sentencia y el presente, por cuanto que en este supuesto solamente han concurrido a la licitación aquella y FCC, a lo que añade que la exclusión de la UTE



no es firme y además se solicita en el recurso la exclusión de la adjudicataria, por lo que entiende que debe admitirse su legitimación para interponer el recurso.

En sentido similar, se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de mayo de 2017 (Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik y Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., Asunto C-131/16):

“(...) A este respecto, debe recordarse que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 (LCEur 1992, 790) establece que los Estados miembros deben velar por que, con arreglo a modalidades detalladas que les corresponde determinar a ellos mismos, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

Al interpretar las disposiciones equivalentes del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE (LCEur 1989, 1895) del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33), el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, los licitadores tienen un interés legítimo equivalente en que se excluya la oferta de los otros para obtener el contrato (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2013 (TJCE 2013, 222), Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, apartado 33; de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125), PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 27, y de 21 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 20685), Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, apartado 29), con independencia del número de participantes en el procedimiento y del número de participantes que haya interpuesto recurso (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125), PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 29).

En efecto, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento. Por otro lado, en caso de exclusión de todos los licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de



adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, así, obtener indirectamente el contrato (véase la sentencia de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125), PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 27).

En tales circunstancias, debe reconocerse al licitador que ha interpuesto el recurso un interés legítimo en que se excluya la oferta del adjudicatario, que puede llevar, en su caso, a que se determine que la entidad adjudicadora no puede proceder a la selección de una oferta adecuada (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2013 (TJCE 2013, 222), Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, apartado 33, y de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125), PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 24).

Confirma esta interpretación lo dispuesto en el artículo 2 bis, apartados 1 y 2, de la Directiva 92/13 (LCEur 1992, 790), donde se establece expresamente el derecho de los licitadores no excluidos definitivamente a recurrir, en particular, contra las decisiones de adjudicación de contratos adoptadas por las entidades adjudicadoras.

Es cierto que el Tribunal de Justicia declaró, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 20685), Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), apartados 13 a 16, 31 y 36, que se podía denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta había sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. No obstante, en el referido asunto, la decisión de exclusión de dicho licitador había sido confirmada por una resolución que había adquirido fuerza de cosa juzgada antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trataba.

En cambio, en el litigio principal, Archus y Gama han interpuesto un recurso contra la decisión que excluía su oferta y contra la decisión de adjudicación del contrato, adoptadas simultáneamente, por lo que no cabe considerarlas definitivamente excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato público. En tales circunstancias, la



expresión «determinado contrato» del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 (LCEur 1992, 790) puede, en su caso, referirse a la eventual tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público.

De las anteriores consideraciones se desprende que la Directiva 92/13 (LCEur 1992, 790) debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un procedimiento de adjudicación de un contrato público ha dado lugar a la presentación de dos ofertas y a la adopción por parte de la entidad adjudicadora de dos decisiones simultáneas, una de rechazo de la oferta de uno de los licitadores y otra de adjudicación del contrato al otro, el licitador excluido que recurre contra esas dos decisiones debe poder solicitar que la oferta del licitador adjudicatario quede excluida, de modo que la expresión «determinado contrato» del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13 puede referirse, en su caso, a la eventual tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público.”

Procede en este punto acoger la tesis patrocinada por la recurrente. A tenor de la interpretación postulada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando en un procedimiento de licitación concurren dos licitadores, habiendo acordado la exclusión de una oferta y la adjudicación a favor de la otra, debe admitirse la legitimación del licitador excluido para impugnar ambas decisiones, pudiendo solicitar, asimismo, en dicho recurso la exclusión del adjudicatario.

En el presente caso, una de las empresas integrantes de la UTE excluida ha interpuesto recurso contra la decisión de exclusión, por lo que resultaría de aplicación la doctrina fijada por el Tribunal, en relación a la legitimación para recurrir ahora el acuerdo de adjudicación.

A ello se añade que, con posterioridad a la interposición del presente recurso, el recurso interpuesto contra la exclusión ha sido estimado por este Tribunal, de modo que procede admitir la legitimación del recurrente para recurrir el acuerdo de adjudicación, pues la exclusión en modo alguno ha devenido firme.

Cuarto. La Resolución recaída en el recurso nº 1269/2017 acordó la estimación del recurso interpuesto contra el Acuerdo de exclusión de la recurrente, así como su



anulación, ordenando la retroacción del expediente al momento anterior a dicha exclusión, teniendo por acreditada la disponibilidad del vertedero “Cañada hermosa”.

Como consecuencia de ello, el recurso interpuesto por la UTE excluida contra el Acuerdo de adjudicación ha perdido su objeto de forma sobrevenida, dado que al acordar la anulación de la exclusión y consiguiente retroacción del expediente al momento anterior a la misma, el acuerdo de adjudicación ha devenido igualmente nulo:

Siguiendo la doctrina contenida en la Resolución nº 77/2011 (en el mismo sentido, Resoluciones nº 72, 73/2011):

“La aceptación de que el recurso ha sido interpuesto contra acto inicialmente susceptible de recurso en esta vía no debe evitar que analicemos si en el momento de dictar esta resolución continúa siendo posible la interposición de recurso contra él. En efecto, con carácter previo a esta resolución el Tribunal ha dictado la resolución 063/2011 en el asunto 76/2010, mediante la cual se acuerda la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación, y por tanto incluyendo la resolución dictada en el mismo, tramitado en relación con el acuerdo marco objeto del presente recurso, por lo que no es posible resolver sobre el fondo de la cuestión planteada en él habida cuenta de que cualquiera que fuera el sentido de la resolución resultaría imposible cumplirla.

Se trata por consiguiente de un supuesto en el que la previa declaración de nulidad del acto recurrido ha hecho desaparecer el objeto del recurso dando lugar a la inadmisión del mismo.”

Se ha producido, en consecuencia, la carencia sobrevenida del objeto del recurso, pues éste recae sobre un Acuerdo de adjudicación ahora afectado por la declaración de nulidad de todo lo actuado en el expediente de contratación desde el Acuerdo de exclusión de la recurrente.

Ante la nulidad ya declarada del acto recurrido, debe inadmitirse el presente recurso por falta sobrevenida de objeto.



Quinto. Como consecuencia de lo anterior no resulta procedente tampoco que este Tribunal se pronuncie sobre la proposición de prueba que el recurrente articula en su escrito.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir, por falta de objeto, el recurso interpuesto por D. J. A. M. , en nombre y representación de la UTE CESPAS S.A., STV GESTIÓN S.L. y GAMERO ALARCÓN TRANSPORTE DE RESIDUOS S.L., contra el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos de la Región de Murcia, de 9 de enero de 2018, por el que se acuerda la adjudicación respecto a la licitación denominada “*Contrato de servicio para el transporte y eliminación del rechazo de selección procedente de CETRASE en vertedero autorizado (expediente 01/2016/CSERV)*”, debiendo estarse a lo establecido en la Resolución dictada en el recurso nº 1269/2017.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida, de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. 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 TSJ 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.