



Roj: **STSJ CL 181/2021 - ECLI:ES:TSJCL:2021:181**

Id Cendoj: **47186330012021100006**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **04/01/2021**

Nº de Recurso: **1064/2019**

Nº de Resolución: **1/2021**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FELIPE FRESNEDA PLAZA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **TARC Castilla y León 17-09-2019,**
STSJ CL 181/2021,
ATS 1758/2023,
STS 3037/2024

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN

Sala de lo Contencioso-administrativo de

VALLADOLID

Sección Primera

SENTENCIA: 00001/2021

Equipo/usuario: JVA

Modelo: N11600

N.I.G: 47186 33 3 2019 0000983

PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001064 /2019

Sobre: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De URBASER, S.A.

ABOGADA D.^a REBECA MORENO ROBLES

PROCURADORA D.^a MARIA DEL CARMEN MARTINEZ BRAGADO

Contra CONSORCIO PARA LA GESTION INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS DE SALAMANCA (GIRSA), FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.

ABOGADOS: D. JOSE MARIA ROZAS LORENZO, D.^a ESTHER SEBASTIAN DE DIEGO

PROCURADORERS: D. JOSE JULIO CORTES GONZALEZ, D. JORGE FAUSTINO RODRIGUEZ-MONSALVE GARRIGOS

SENTENCIA N.º 1/21

ILMOS. SRES.

PRESIDENTA:

DOÑA ANA MARTÍNEZ OLALLA

MAGISTRADOS:



DOÑA ENCARNACIÓN LUCAS LUCAS

DON FELIPE FRESNEDA PLAZA

DON LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ

En Valladolid, a 4 de enero de 2021.

Visto por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid el recurso contencioso-administrativo número 1064/2019, interpuesto por la Procuradora Sra. MARTÍNEZ BRAGADO, en representación de URBASER, S.A., siendo parte demandada el Consorcio para la Gestión Integral de Residuos Sólidos de Salamanca, representado por el Procurador Sr. Cortés González, y "FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.", representada por el Procurador Sr. Rodríguez-Monsalve Garrigós, impugnándose la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León Núm. 141/2019, de 17 de septiembre por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Urbaser, S.A. frente al Decreto 34/2019, de 31 de julio, del Presidente del Consorcio para la Gestión Integral de Residuos Sólidos de Salamanca, por el que se adjudica la prestación del servicio de transferencia y tratamiento de residuos domésticos de la provincia de Salamanca, la ejecución de una serie de obras vinculadas a dicha gestión y la instalación y puesta en funcionamiento de diversa maquinaria, fija y móvil en el CTR de Gomecello (Salamanca), y habiéndose seguido el procedimiento jurisdiccional ordinario previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución expresada en el encabezamiento.

SEGUNDO. Reclamado el expediente administrativo, de conformidad con el artículo 48 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, y una vez que fue remitido este, se dio traslado a la parte recurrente para que formulara la demanda, lo que hizo en término legal, efectuando las alegaciones que se expresan en la fundamentación jurídica de esta resolución, e interesando en el suplico de la demanda:

"que teniendo por presentado este escrito, junto con los documentos que lo acompañan, se sirva admitirlo, y, en consecuencia, tenga por formulada Demanda en el Procedimiento Ordinario nº 1064/2019, acordando la continuación de los trámites y dictando en su día sentencia por la que, con estimación del recurso interpuesto por mi representada, declare la nulidad de la Resolución 141/2019 de 17 de diciembre del TACYL, y en consecuencia del Acuerdo de Adjudicación a FCC que confirma, impugnados en este proceso, en virtud de los motivos de nulidad alegados en el presente escrito".

TERCERO. Las representaciones procesales de cada una de las partes demandadas contestaron a la demanda, alegando la legalidad del acuerdo recurrido.

CUARTO. El pleito no fue recibido a prueba.

QUINTO. Se formuló por las partes el escrito de conclusiones previsto en el artículo 62 de la LJCA.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Felipe Fresneda Plaza.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se plantea en el presente recurso jurisdiccional, la impugnación de la resolución Núm. 141/2019, de 17 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Urbaser, S.A., frente al Decreto 34/2019, de 31 de julio, del Presidente del Consorcio para la Gestión Integral de Residuos Sólidos de Salamanca, por el que se adjudica la prestación del servicio de transferencia y tratamiento de residuos domésticos de la provincia de Salamanca, la ejecución de una serie de obras vinculadas a dicha gestión y la instalación y puesta en funcionamiento de diversa maquinaria, fija y móvil en el CTR de Gomecello (Salamanca).

A tenor del contenido de las actuaciones de las partes la cuestión que se suscita es si la oferta de la entidad adjudicataria del contrato, la codemandada "FCC MEDIO AMBIENTE, S.A", debió ser inadmitida en cuanto que, a juicio de la parte actora, se produjo una bajada artificiosa de la oferta económica prevista en el pliego de condiciones, que llegó hasta el 50 por ciento de la inversión necesaria, prevista en el párrafo A.2 del apartado 14, en base a acuerdos con empresas proveedoras perteneciente al propio grupo de la licitadora que permitían



reducir la aportación del coste de la maquinaria a invertir, y trasvasando el coste de ello derivado a la oferta económica prevista por canon de explotación contemplada en el parágrafo A.1.1 del apartado 14. Se considera en la demanda que esta actuación es vulnerativa de los pliegos, constituye un fraude de ley, siendo contraria a los principios de igualdad y no discriminación de los licitadores.

SEGUNDO. De los antecedentes de la contratación que nos ocupa se han de resaltar, en la forma que se exponen en los antecedentes de la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, los siguientes:

-En relación con la justificación de la oferta inicial de la licitadora adjudicataria, se expresa:

"No existe controversia sobre el hecho de que las oferta económicas de las dos empresas admitidas en la última fase de licitación resultaron ser inferiores a los parámetros establecidos en los pliegos para apreciarlas como anormalmente bajas (cláusulas 14 y 15 del PCAP), lo que determinó considerarlas, de acuerdo con las referidas cláusulas, como anormalmente bajas y se acordó requerir a aquellas la justificación de su viabilidad. Tras ser practicado el respectivo requerimiento a cada una de ellas, ambas presentaron las aclaraciones correspondientes, que fueron analizadas por el órgano de contratación. Se ha cumplido, pues, formalmente el trámite previsto para estos supuestos.

La cuestión suscitada en el presente recurso se centra pues en determinar si la justificación de la oferta aportada por la empresa FCC en el apartado relativo al suministro de maquinaria móvil -valorada con hasta 7 puntos- resultó ser suficiente y acorde al PCAP, extremo éste negado por la recurrente al considerar que la explicación ofrecida supondría amparar la figura del fraude de ley.

En el contrato al que se refiere el recurso, la cláusula 14 A.3.1 del PCAP establece como criterio de valoración del suministro de maquinaria nueva el precio correspondiente al suministro de la maquinaria móvil (OE-suministro) descrita en los pliegos, consistentes en: camiones rígidos (2), manipulador telescópico, carretilla elevadora, minipala, palas cargadoras (3), furgoneta de servicio, pick up, mezcladora vegetal, cabezas tractoras (4) y semirremolques con gancho (4). Se precisa además que este precio podrá superar el establecido como presupuesto máximo de licitación de la cláusula 6 (1.495.739,34 euros).

Solicitada aclaración respecto de la cantidad ofrecida por FCC (747.869,67 euros), ésta manifiesta que ha llegado a un acuerdo con el proveedor de la maquinaria (una empresa de su mismo grupo), lo que le permite abonar como inversión inicial el precio ofertado y justifica abonar el resto del importe presupuestado durante la vida del contrato (con una vigencia de 5 años) con cargo al canon de explotación."

-La resolución del Tribunal impugnada considera que existe justificación en la actuación del licitador adjudicatario, al trasvasar los costes de la inversión inicial prevista al canon de explotación y razona:

" En el contrato objeto del presente recurso y, en particular, en la oferta presentada, los costes relativos al suministro de maquinaria, si bien incurso en presunción de anormalidad, no plasman un tipo 0 -que se consideraría como un precio ficticio establecido con la presumible finalidad de anular la oferta de sus competidoras-. Por el contrario, se contempla una inversión inicial de en torno al 50% de la cantidad presupuestada por este concepto y se ofrece una explicación plausible sobre estimación de los abonos pendientes, coherente con la oferta realizada en su conjunto y con una cuenta de resultados viable, trasladada, presupuestada y justificada a lo largo de la vida del contrato.

Esto es, a pesar de la baja oferta inicial, una vez aclarada su viabilidad, ésta no se antoja como indiciaria de fraude de ley, pues la oferta se acomoda a los términos establecidos en los pliegos, en los que no se acotan las partidas a excluir; y una vez detectada la anormalidad de la baja, se ofrece por el licitador una justificación plausible sobre la viabilidad de la oferta económica. En este sentido el informe de 15 de julio de 2009 considera que la justificación presentada cumple con los criterios a considerar del artículo 149 de la LCSP : "Resulta completa y no fundamentada en hipótesis o prácticas inadecuadas desde los puntos de vista técnico, jurídico o económico. La oferta cumple con las obligaciones en materia ambiental, social, laboral y de subcontratación.

»En particular, hay que señalar que los costes desglosados están completos y resultan razonables, que se han considerado escenarios realistas de evolución de precios en el periodo de vigencia del contrato y que la estimación de ingresos resulta coherente con la oferta realizada. En las condiciones propuestas, la cuenta de resultados resulta perfectamente viable".

Así pues, en el presente recurso, lejos de poder dar una solución apriorística y para todo supuesto, no se aprecia que el licitador propuesto como adjudicatario del contrato haya llevado a cabo una conducta proscrita en los pliegos o que la solución ofrecida pueda estar incardinada en un supuesto de fraude de ley como en los casos que se citan por la recurrente."



-Se expresa en la resolución que en todo caso la ponderación de los criterios evaluables económicamente arroja un resultado favorable a la licitadora que resultó adjudicataria, aunque no se tuvieran en cuenta los relativos a la inversión en maquinaria.

TERCERO. La actuación enjuiciada consiste, por lo tanto, en determinar si la justificación de la baja inicialmente configurada como anormal, es ajustada a los pliegos de condiciones, normas y principios de contratación. Dicha justificación se expresa por la propia codemandada, al manifestar en su contestación a la demanda -pág. 7- lo siguiente:

"FCC justificó los valores de su oferta relativos al precio de la maquinaria móvil de la siguiente manera:

a) Explicando que existía un acuerdo con el proveedor de la maquinaria, que es una empresa de su mismo grupo, con objeto de abonar como inversión inicial la cantidad de 747.869,67 euros, y abonar el resto del importe correspondiente a la maquinaria durante los cinco años de vigencia del Contrato, con cargo al canon de explotación. Esta forma de proceder tiene una justificación económica evidente, en la medida en que minimizar la inversión inicial es más ventajoso, sobre todo cuando el resto de la inversión se puede desplazar un plazo de hasta cinco años sin costes financieros adicionales."

Pues bien, ha de entenderse que nos encontramos ante un contrato mixto, en el que, como ya se ha dicho, se distingue dentro de los criterios evaluables de forma automática, en los atinentes a la oferta económica, por un lado, los relativos al canon de explotación, con un coste por tonelada de tratamiento (el referido apartado A.1.1. del apartado 14 del pliego), y por otro lado la oferta económica por inversiones (prevista en el apartado A.2 del mismo epígrafe del pliego). Por ello, en este contrato mixto tiene individualidad propia lo atinente a la inversión en obras e instalación y suministro de maquinaria y el canon por la explotación de servicio.

CUARTO. Dada la individualidad de la configuración de las prestaciones atinentes a uno y otro tipo de conceptos, ha de entenderse que no es posible trasvasar cada uno de ellos al otro, al estar claramente previstos de forma autónoma en el pliego de condiciones, siendo objeto de ponderación individual. La diferenciación conceptual de ambas prestaciones es clara, y no puede entenderse que quede diferido a la autonomía de la voluntad del licitador el trasvasar unos conceptos a otros.

Por más que pueda entenderse que desde una consideración estrictamente económica pudiera ser justificable para el licitador este tipo de actuación, es lo cierto que la misma, sea o no constitutiva de fraude, altera directamente las bases de la contratación previstas en los pliegos de condiciones, que en cada caso, se insiste, han configurado unos prestaciones diferenciadas, correspondientes a contratos de naturaleza distinta, de lo que resulta una contratación de carácter mixto. Cada una de estas prestaciones y bases de la oferta, que configuran el resultado de la resolución final adjudicadora del contrato, tienen una distinta naturaleza por lo que ha de entenderse que viene configurada cada una de ellas como elementos estancos, sin que se puedan trasvasar los de la una a la otra.

El entenderlo de otra manera supone una alteración de las bases de la contratación establecidas en el pliego de condiciones, en forma tal que los diversos licitadores en función de su mera conveniencia pudieran modificar las mismas. El admitirlo podría dar lugar a la apertura de una espita en el ámbito de la contratación pública, que como garantía de los principios de igualdad, y no discriminación de los licitadores, así como los de transparencia y no proporcionalidad, ha de ser sumamente respetuosa con los elementos ponderativos que se tienen en cuenta en los pliegos.

El criterio contrario, permitiendo la actuación a que avoca la resolución administrativa impugnada, puede llevar a modificaciones unilaterales de los criterios de valoración, atendiendo a la ventaja económica que en cada caso se produjera para los diversos licitadores, y ello, como corolario, puede llevar a la creación de perjuicios para los demás licitadores.

La tesis expuesta en la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos, de que en todo caso aunque se hubiera prescindido de esta ponderación así efectuada, el resultado siempre habría sido el mismo, dadas las diferencias de puntuación de cada una de las ofertas, no puede ser acogido, dado que en esta valoración solo se está contemplando el momento de la licitación, más se está prescindiendo de las consecuencias ulteriores en el abono de las sucesivas prestaciones contractuales a efectuar por la Administración en el pago del canon por el de tratamiento de las toneladas de residuos que configuran toda la relación contractual de tracto sucesivo, cuestión esta no contemplada y que se expresa a los solos efectos de un análisis sistemático de las cuestiones planteadas.

QUINTO. Existen muy diversas resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales que avalan la interpretación precedente, como es la resolución 998/2020, de 18 de septiembre, y estos precedentes administrativos, aunque ordinariamente se basan en ofertar a precio cero en alguna de las partidas, y que se configuran como constitutivas de fraude de ley, son en esencia cualitativamente similares al caso presente,



aunque en este caso solo se compute el 50 por ciento la inversión necesaria en maquinaria, trasladando el resto al canon de explotación que sufre un incremento en función de la precedente disminución.

Esta actuación conlleva, así, a la determinación de un precio ficticio, determinado unilateralmente por el licitador, en contra de la necesidad de que dicho precio sea cierto, como es un elemento esencial en la contratación administrativa, según se expresa en el artículo 35.1.c y 102 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.

Por todo ello, ha de estimarse la demanda en los términos postulados en el suplico de la misma, de lo que deriva la necesidad de inadmisión de la oferta contractual presentada por la codemandada "FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.", y la adjudicación contractual subsiguiente.

SEXTO. En cuanto a las costas, previene el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta Jurisdicción, en la redacción aplicable a este procedimiento que "En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho". Y en el presente caso, estimado el recurso, sin que existan dudas de hecho o de derecho, procede su imposición a las partes demandadas, por mitad a cada una de ellas.

En aplicación del principio de moderación, del que se hacen eco diversas sentencias del Tribunal Supremo, como son las de 19 y 25 de febrero de 2010, en atención a la dificultad del asunto y la labor efectivamente realizada en el procedimiento, se considera que la cantidad máxima a que debe ascender la tasación de costas a realizar por todos los conceptos, excepto el Impuesto sobre el Valor Añadido, ha de ser la cifra de 2.000 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso interpuesto por la representación procesal de la parte actora, contra el acuerdo expresado en el encabezamiento y primer fundamento de derecho de esta resolución, anulando dicho acuerdo por no ser ajustado a Derecho, en los términos expresados en el precedente fundamento de derecho quinto, todo ello con imposición de costas a las partes demandadas por mitad, en la cuantía máxima por todos los conceptos, excepto el Impuesto sobre el Valor Añadido, de 2.000 euros

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer el recurso de casación previsto en los artículos 86 y siguientes de la Ley Jurisdiccional 29/1998, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, recurso que, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia, cumpliendo los requisitos previstos en cada caso en la Ley Jurisdiccional 29/1998.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.