

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

En Madrid, a 17 de febrero de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don G.A.S., en nombre y representación de URBASER S.A., contra el Acuerdo de fecha 26 de diciembre de 2013, de la Mancomunidad de Municipios del Sur por el que se adjudica el contrato “Gestión de servicios públicos de explotación de las instalaciones de transferencia y eliminación de residuos urbanos ubicadas en la zona sur de la Comunidad de Madrid”, expediente 3/2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha, 31 de julio de 2013, se publicó en el BOE el anuncio de la convocatoria correspondiente al contrato denominado “Gestión de servicios públicos de explotación de las instalaciones de transferencia y eliminación de residuos urbanos ubicadas en la zona sur de la Comunidad de Madrid”, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con un valor estimado de 67.798.890 euros (IVA excluido).

Debe destacarse que tal y como consta en el Acuerdo de inicio del expediente

de contratación de 22 de abril de 2013, la confección de los pliegos, el Reglamento de Servicios y la Memoria económica se encomendaron a GEDESMA.

A la licitación convocada se presentaron cinco licitadoras, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Con fecha 1 de octubre de 2013, la Mesa de contratación se reúne a efectos de proceder a la apertura del sobre 2, realizándose el correspondiente informe de valoración técnica por un técnico de GEDESMA el día 15 de noviembre de 2013. En dicho informe la oferta de la recurrente obtuvo un total de 21,14 puntos quedando situada en tercer lugar, después de las ofertas de FCC y de la UTE Valoriza-Verinsur-Vertidos Rioja. Consta respecto de este informe una comunicación fechada el mismo día 15 de noviembre, de la empresa pública GEDESMA en la que se señala que el indicado informe técnico *“no se encuentra avalado por GEDESMA al haberse emitido por un técnico de GEDESMA no habilitado internamente para su firma y emisión”*.

Ante dicha comunicación el mismo día se realiza un informe conjunto de la Secretaría General y la intervención de la Mancomunidad de Municipios del Sur, en el que se exponen detalladamente los antecedentes de la encomienda realizada por la mancomunidad a GEDESMA destacando que el técnico informante fue designado específicamente por GEDESMA mediante correos electrónicos de fechas 12 de junio, 25 de junio, 19 de julio y 11 de noviembre de 2013, exponiendo la vinculación de GEDESMA en virtud del principio *venire contra factum proprium non valere*, la buena fe, teniendo en cuenta que el informe cumple con los mismos requisitos que otros informes emitidos en el mismo expediente y los perjuicios que se depararían con su anulación al órgano de contratación.

Asimismo según consta en el expediente, con fecha 15 de noviembre se procede a la lectura del informe de valoración de los criterios técnicos y se procede a la apertura del sobre 3 y a la lectura de las ofertas económicas que se recogen en el

Acta correspondiente a dicho acto.

El día 19 de noviembre se emite informe sobre la valoración del sobre 3, por técnico previamente designado para ello, obteniendo la oferta de la recurrente 74,20 puntos lo que unido a la puntuación obtenida en la valoración técnica la coloca en segundo lugar por detrás de la oferta de la UTE Valoriza, Verinsur, Vertidos Rioja S.A., con un total de 95,34 puntos.

El día 20 de noviembre la ahora recurrente solicitó a la Mancomunidad el examen del expediente administrativo ante la detección por su parte en el informe de valoración publicado en el perfil del Contratante el día 18 de noviembre anterior, de lo que denomina graves irregularidades que afectan notablemente a la valoración efectuada, dándose audiencia a la misma para el examen del expediente solicitado el día 22.

Paralelamente al hecho anterior el órgano de contratación requirió a la UTE propuesta como adjudicataria para que presentara la documentación precisa para la adjudicación del contrato el día 20 de noviembre, aportándose con fecha 29 la documentación requerida. En concreto respecto de la garantía constituida, se indica que se aporta carta de pago extendida por la Mancomunidad del Sur acreditativa del depósito en su Tesorería de la garantía definitiva por importe de 418.600,36 euros, y declaración responsable de los miembros de la UTE comprometiéndose a sustituir el aval depositado por las empresas licitadoras por uno a nombre de la propia UTE una vez constituida. Constan entre la documentación presentada:

- Aval del Banco Popular Español fechado el 28 de noviembre de 2013 por importe de 83.720,07 euros a favor de las empresas licitadoras en compromiso de UTE (número 3246-105 del Registro Especial de avales). (folio 546).
- Carta de pago correspondiente a dicho aval de fecha 29 de noviembre. (folio 553).
- Aval del Banco Popular Español S.A. fechado el 29 de noviembre por

importe de 88.000 euros a favor de las empresas licitadoras en compromiso de UTE. (número 3246-106). (folio 548).

- Carta de pago correspondiente a dicho aval por importe de 88.000 euros fechada el día 29 de noviembre. (folio 547).
- Aval de Bankia a favor de las mismas entidades, fechado el 29 de noviembre, por importe de 352.000 euros con el número 2013/102.644 del Registro Especial de avales. (folio 550 y 562).
- Carta de pago correspondiente a este último aval de fecha 29 de diciembre (sic). (folio 549).
- Aval de Bankia a favor de las mismas entidades fechado el 28 de noviembre por importe de 334.880,29 euros con el número 2013/102.641 del Registro Especial de Avals. (folio 552).
- Carta de pago correspondiente a dicho aval de fecha 29 de noviembre. (folio 551).
- Certificado del Banco Popular de fecha 28 de noviembre en el que se indica que la entidad Verinsur tiene solicitado un aval ante la Mancomunidad por importe de 88.000 euros en concepto de garantía definitiva que se encuentra en trámite. (folio 561).

A solicitud de la empresa ahora recurrente la Secretaria General de la Mancomunidad del Sur emite un certificado fechado el día 3 de diciembre, relativo a la documentación presentada por la UTE en el que se hace constar que la misma ha presentado, entre otra documentación Carta de pago de la garantía definitiva de 418.600,36 euros y Fianza ante la Tesorería Central de la Comunidad de Madrid de 440.000 euros. Asimismo el día 5 de diciembre se emite certificación de la aportación de determinada documentación, distinta de los avales, los días 3, 4 y 5 de diciembre. Dicha documentación se admite ante la divergencia de plazo consignado en el PCAP (15 días) y el TRLCSP (10 días) por considerar que al no haber sido impugnado aquel, a pesar del incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 161.2 del TRLCSP debe prevalecer el primer plazo, tal y como se indica en informe de fecha 13 de diciembre elaborado por la Secretaria General de la Mancomunidad.

Con fecha 26 de diciembre de 2013, la Mancomunidad del Sur acordó adjudicar el contrato a las empresas que concurrían en compromiso de Unión Temporal de Empresas, antes indicada, siendo remitida la notificación de dicho acuerdo a todas las licitadoras el día 27 de diciembre de 2013.

Tercero.- Urbaser interpuso recurso especial en materia de contratación, contra el Acuerdo de adjudicación previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 del TRLCSP, ante este Tribunal, donde tuvo entrada el 15 de enero de 2014.

La recurrente solicita que se acuerde la exclusión de la oferta de la UTE VALORIZA-VERINSUR-VERTIDOS RIOJA por vulneración del principio de secreto de las proposiciones, al contener el sobre 1 de la oferta de la adjudicataria determinada información susceptible de valoración como criterio de adjudicación, en concreto la maquinaria de reposición. Asimismo considera que debe tenerse por retirada la oferta de aquella al no haber constituido la garantía exigida en el momento procedimental adecuado de acuerdo con lo establecido en el artículo 151 del TRLCSP, puesto que la garantía de 418.600,36 es claramente insuficiente respecto de la exigida por el PCAP (5% del importe de adjudicación que ascendía a 33.826.291,84 euros), lo que obliga a constituir una garantía de 1.691.314,59 euros. También considera que la UTE adjudicataria no ha acreditado debidamente su solvencia por lo que debió ser excluida, al no acreditar según aduce la cantidad de toneladas de residuos tratadas exigidas en el pliego, y que no cumple determinadas prescripciones del PPT, en concreto las exigencias relativas a la adscripción al contrato de un Director Técnico con dedicación exclusiva. Por último aduce incoherencia y determinadas irregularidades en el informe técnico de valoración, que detalla respecto de la valoración de FCC y de la adjudicataria, así como la incorrecta valoración de su propia oferta en tanto en cuanto no se ha incluido en la valoración determinada maquinaria ofertada.

Como resumen de las irregularidades que alega, señala que las mismas

alteran el resultado de la licitación en la que la UTE adjudicataria obtendría 75 puntos y la recurrente 74,20, quedando muy por detrás el resto de las licitadoras.

Por último se aduce falta de motivación del acuerdo de adjudicación.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió el correspondiente expediente junto con dos informes el día 21 de enero, uno de ellos realizado por la Secretaría General con el número 4/2014 y otro elaborado por una auditoría independiente, que llamaremos informe encargado.

En el informe del órgano de contratación se explica que hasta el 1 de marzo de 2013 no se dotó a la Mancomunidad del Sur de personal por lo que se aprobó con fecha 12 de marzo de 2013 el convenio de Colaboración con GEDESMA para la gestión del RSU. En cuanto al fondo de las cuestiones planteadas por la recurrente, después de realizar la exposición de hechos del expediente se pronuncia sobre el plazo concedido a la adjudicataria para la presentación de documentación a efectos de formalizar el contrato, sobre la emisión de un informe técnico por técnico no habilitado al efecto, y sobre la falta de motivación.

Por su parte en las conclusiones del informe encargado se manifiesta que los pliegos del concurso gozan de falta de concreción y de cierta ambigüedad, que en ningún concurso público se pueden incluir aspectos técnicos en los sobres de solvencia, que se han cometido errores graves en el informe de valoración de propuestas técnicas realizado por GEDESMA, que se han cometido errores graves en el informe de valoración al admitir precios de maquinaria muy por debajo del precio real de mercado y por último que se ha aceptado determinada documentación aportada por los licitadores de muy dudosa veracidad o claramente errónea.

Quinto.- Con fecha 22 de enero, se concedió trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 del TRLCSP.

Con fecha 28 de enero se ha recibido escrito de alegaciones de la UTE adjudicataria, cuyo contenido recogeremos al examinar las alegaciones de la recurrente por claridad expositiva y de la empresa CESPÁ. Esta última había interpuesto un recurso contra la adjudicación de este contrato, que fue inadmitido por ser extemporáneo por este Tribunal mediante Resolución 23/2014 de 29 de enero. En su escrito de alegaciones CESPÁ arguye que el recurso se interpuso en plazo porque el mismo debe suspenderse durante el plazo concedido para tomar vista del expediente. Aunque la exposición de hechos no es la ubicación correcta para argumentaciones de tipo jurídico, este Tribunal quiere poner de relieve aquí, porque se trata de una alegación sobre cuyo contenido no se va a entrar, porque ya se ha pronunciado sobre ella, que la recurrente en su día no hizo valer en modo alguno la tesis que ahora sustenta y que por otro lado este Tribunal no comparte.

Además se adhiere a la argumentación hecha valer por la recurrente en cuanto a la exclusión de la adjudicataria y considera que asimismo deberán ser excluidas las otras dos licitadoras, FCC y la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del TRLCSP forman parte del sector público a los efectos de la Ley, además de la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, entre estas la mancomunidades, que de acuerdo con los artículos 44 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y 54 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la

Comunidad de Madrid son las Entidades Locales constituidas por la agrupación voluntaria de Municipios en el ejercicio del derecho a la libre asociación, para la gestión de servicios comunes o para la coordinación de actuaciones de carácter funcional o territorial.

Segundo.- El contrato cuya adjudicación es objeto del presente recurso ha sido calificado por el órgano de contratación como contrato de gestión del servicio público en su modalidad de concesión, no constando haberse previsto ningún gasto de primer establecimiento en el mismo.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, solo son susceptibles de recurso especial los contratos de gestión de servicio público, con un presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, superior a 500.000 euros y un plazo de duración superior a cinco años. Este Tribunal ya se pronunció sobre la procedencia del recurso especial en relación con el mismo contrato, con ocasión de la interposición de recurso especial contra el acto de adjudicación interpuesto por la empresa CESPA GESTIÓN DE RESIDUOS S.A.U., en su Resolución 23/2014, de 29 de enero a cuyos argumentos nos remitimos por economía procedimental, concluyendo que nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos, con gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros y una duración superior a cinco años cabiendo por tanto recurso especial en relación con el mismo.

Por otro lado, el acto impugnado es susceptible de recurso especial, al amparo del artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP).

Así mismo se acredita la representación con que cuenta el firmante del recurso.

Cuarto.- En cuanto al plazo y lugar de interposición del recurso el artículo 44 del TRLCSP establece que:

“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

(...)

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”.

Pues bien, según consta en el expediente, la notificación de la resolución de adjudicación fue registrada de salida y remitida al recurrente el 27 de diciembre de 2013. El plazo de 15 días finalizó, por tanto, el 16 de enero de 2014. El recurso fue presentado el día 15 de enero ante este Tribunal, por lo que se presentó en plazo.

Quinto.- Procede entonces entrar a conocer del fondo del recurso presentado. Por claridad expositiva y congruencia de la propia resolución se examinará cada alegación por separado, debiendo comenzar por la falta de motivación de la resolución de adjudicación invocada por la recurrente.

El artículo 151.4 establece que *“La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante”.*

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”.

La notificación de la adjudicación ha de contener la motivación suficiente que permita la interposición de un recurso. Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación expresará en forma resumida las razones por las que no se haya admitido su oferta. En cuanto a la necesidad de motivación de la adjudicación, y en consecuencia la de su notificación, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado.

Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de

concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta. La Administración ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos. En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 28 de enero de 2010, (Asunto C-406/08 Uniplex).

Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan.

Aduce la recurrente que la decisión de adjudicación de la Mancomunidad excede de la discrecionalidad técnica incurriendo en auténtica arbitrariedad como consecuencia de la falta de motivación.

Como ya ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones, el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación. La motivación debe mostrar de modo claro e inequívoco el razonamiento del autor del acto. Una adecuada motivación requiere el desglose de la puntuación obtenida por cada oferta

en cada uno de los elementos a valorar conforme a lo previamente dispuesto en el PCAP.

En el expediente administrativo consta el informe de valoración de los criterios susceptibles de juicio de valor realizado por un técnico de GEDESMA el día 15 de noviembre de 2013, que con independencia del acierto concreto en sus conclusiones, es prolijo con un contenido que examina cada una de las propuestas técnicas y les asigna una puntuación en cada uno de los criterios que figuran en el PCAP. Dicho informe se leyó en sesión pública el mismo día 15 de noviembre.

Sin embargo, en la notificación de adjudicación únicamente figura la puntuación de las diferentes ofertas presentadas, pero no la parcial en cada uno de los criterios de adjudicación, ni las mejoras ofertadas, tampoco se hace ninguna referencia a la valoración otorgada a la oferta económica, ni la motivación de la puntuación asignada en cada uno de los criterios.

El contenido de la notificación no permite realizar una comparación entre las ofertas de la adjudicataria y de la recurrente, al existir elementos cuya influencia en la decisión no quedan adecuadamente reflejados. Por tanto, el contenido de la notificación no permitía a la ahora recurrente interponer, conforme al artículo 40 del TRLCSP, recurso suficientemente fundado, por lo que el contenido de aquella notificación no resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP. Además esta falta de motivación es contraria a los principios generales de la contratación como son la publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato, recogidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP y supone la vulneración de la legislación de contratación del sector público determinando la anulabilidad de la notificación.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, las razones determinantes de la decisión adoptada por el órgano de contratación en orden a determinar el adjudicatario del contrato, aparecen reflejadas en la documentación incorporada al

expediente. Así, en el informe de valoración técnica, aparecen debidamente reflejados los criterios objeto de valoración, los aspectos de las ofertas valorados en cada uno y la puntuación atribuida a los mismos. Este informe, aceptado por la Mesa de contratación, sirve para considerar suficientemente motivado el acto de adjudicación, pues el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que *“la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”*.

A ello debe sumarse que la recurrente tuvo acceso al expediente de contratación y tuvo conocimiento de los informes de valoración correctamente motivados, (sin perjuicio de su acierto como decimos), por lo que a pesar de la falta de motivación de la notificación de la adjudicación, debe entenderse que el acceso al expediente enerva toda posibilidad de indefensión que determinaría la nulidad de la adjudicación y la retroacción del procedimiento para permitir que la recurrente tuviera conocimiento cabal de los motivos de la adjudicación y pudiera fundamentar adecuadamente un recurso, cosa que por otro lado ha hecho, como se desprende de la abundante y prolija argumentación de su recurso con aportación incluso de documentos obrantes en el expediente administrativo.

Por lo tanto en relación con la falta de motivación invocada este Tribunal entiende que si bien es cierto que la notificación adolece de la misma, dicho defecto no es suficiente para anular la adjudicación, debiendo continuar con el examen del resto de las alegaciones realizadas.

Sexto.- Procede examinar ahora las alegaciones relativas a la incorrecta admisión de la oferta de la adjudicataria al carecer la misma de la solvencia exigida.

De acuerdo con lo establecido en el punto 7 anexo del PCAP regulador del contrato para acreditar la solvencia técnica los licitadores debían presentar conforme a lo dispuesto en el artículo 78 a) del TRLCSP, tres certificados expedidos por órganos competentes acreditando que en los tres últimos años han gestionado instalaciones en el ámbito de las actividades correspondientes al objeto del contrato. *“La cantidad tratada cada año en los últimos tres años entre todas las gestionadas ha de ser al menos:*

- *En vertederos de residuos urbanos: 680.000 ton./año.*
- *Transferencia desde las estaciones de transferencia a centros de tratamiento: 260.000 ton./año.”*

Aduce al respecto la recurrente que con carácter general la valoración de la solvencia por parte del órgano de contratación ha sido poco rigurosa, poniendo de relieve al caso concreto las diversas irregularidades que a su juicio se han producido.

Respecto del examen concreto de la documentación presentada, la adjudicataria ha pretendido acreditar ante el órgano de contratación, para el tratamiento de residuos 798.327,52 toneladas en el año 2010, 767.135,25 para el año 2011 y 724.109,13 para el año 2012. En relación con estas cantidades que aparentemente superan las 680.000 toneladas exigidas, afirma la recurrente en primer lugar que en los certificados aportados por la adjudicataria no se especifica si se trata de vertederos residuos urbanos o no, lo que de por sí supone una irregularidad ya que el pliego referencia la solvencia a acreditar respecto de vertederos de residuos urbanos.

Por su parte la UTE adjudicataria aduce en su escrito de alegaciones que no cabe duda de que la oferta presentada por ella cumple todos y cada uno de los requisitos contenidos en los pliegos y que las condiciones requeridas eran ampliamente superadas por lo que la valoración de la solvencia técnica y profesional

se encuentra más que acreditada, realizando un examen detallado de todas las cuestiones planteadas por la recurrente.

El informe de auditoría presentado por el órgano de contratación recoge que en el cómputo de las toneladas tratadas existen una serie de irregularidades:

Debe examinarse por tanto con el mismo detalle cada uno de los certificados controvertidos:

- Certificado del Consorcio de Entes Locales Valle del Tiétar: Certifica que la empresa Valoriza Servicios Medioambientales S.A., ha realizado durante el año 2010 el tratamiento de Residuos de Arenas de Pedro en el Complejo Medioambiental Arenas de San Pedro, en la cantidad de 12.510,29 T. Este certificado no especifica si se trata de residuos urbanos o no, y cuando menos es dudoso en cuanto a su virtualidad para acreditar los extremos que contiene dado que no aparece identificado el firmante del mismo, ni siquiera la mención a su cargo o un membrete en el papel en que consta.

Respecto de este certificado el informe del órgano de contratación señala que *“Estamos de acuerdo en que estos certificados pueden tener defectos de forma importantes al carecer de nombre en la firma y presentar sellos escaneados”*.

- Certificado del Consorcio Bahía de Cádiz: Certifica que Valoriza participando al 32,66% de la entidad Bioreciclaje Cádiz es adjudicataria del servicio de tratamiento de residuos sólidos urbanos en el ámbito de actuación del Consorcio Bahía de Cádiz siendo el total de entradas de residuos sólidos urbanos en el año 2012 (86.929,58, 49.666,32, 9.251,22, 35.651,80 14.042,04 y 8.797,76 por cada municipio que forma parte del Consorcio) y cantidades totales superiores a 218.000 Toneladas en los años 2011 y 2010. Por su parte para la explotación del vertedero de la planta de Miramundo de tratamiento en el año certifica un total en el año 2010 de 352.251,54 TM, en el año 2011, 330.696,49 y en el 2012, 305.616,94 TM.

Respecto de estos certificados el órgano de contratación en su informe considera que en el caso del Consorcio Bahía de Cádiz existe falta de concreción y en el segundo de los casos, considera que con Valoriza participaba en la UTE adjudicataria del contrato en un 32%,66% debería haber computado dicho porcentaje a las cantidades recogidas en el certificado y no su totalidad de manera que si se computara solo el porcentaje en vez del total la UTE no llegaría a las 680.000 toneladas exigidas y se incumpliría el pliego.

Examinado dicho certificado este Tribunal comprueba que efectivamente las cantidades de residuos tratados en los años 2010 y 2011 para el contrato de los municipios del ámbito de la Bahía de Cádiz adolece de falta de concreción, puesto que no es posible determinar de su redacción si la cantidad de 218.000 toneladas se refiere a uno o a los dos años contemplados.

Respecto de la cuantificación del objeto del certificado en relación con el porcentaje de participación de Valoriza en la UTE adjudicataria del contrato de explotación de la planta de Miramundo y en el de los municipios de la Bahía de Cádiz, debe señalarse con carácter previo que esta circunstancia concurriría también en el certificado del Consorcio para el tratamiento de RSU del Maresm: (Certifica que la UTE TEM en la que Valoriza participa al 38%).

En relación con esta cuestión la adjudicataria alega que no es cierto que la mercantil Bioreciclaje de Cádiz sea una UTE, puesto que se trata de una sociedad vinculada y no debe aplicársele la regla proporcional de sus supuestos partícipes, indicando que el certificado en cuestión se emitió a favor de la sociedad Valoriza Servicios Medioambientales S.A., (como sociedad, no como UTE) (...) *“El argumento de Urbaser sólo sería válido para el caso por el cual el certificado hubiere sido emitido a favor de una UTE y, por tanto, sólo se hubiera podido “acreditar” el porcentaje de Valoriza en dicha UTE. Por lo que Valoriza puede recoger para acreditar la solvencia todo el contenido del certificado, sin tener en cuenta el*

porcentaje que ostente en esta nueva licitación, puesto que las solvencias propias de los partícipes en esta nueva UTE VSM-VERINSUR-VERTIDOS LA RIOJA, se acumulan a efectos de acreditación de la solvencia por los referidos partícipes, de acuerdo con la LCSP y el reglamento que la desarrolla.”

En este caso tal y como señala la adjudicataria, el pliego solo establece la ponderación del tanto por ciento de toneladas tratadas certificadas en función de la participación de las empresas licitadoras en UTEs, pero no en el caso de sociedades. Ello es acorde con lo establecido en el artículo 24 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre que permite para el caso de UTEs que cada uno de los empresarios que las componen acumulen a efecto de la determinación de la solvencia las características acreditadas para cada uno de sus integrantes, lo que permite considerar de forma independiente la experiencia de cada una de las empresas aunque sea admisible su acumulación. No contiene ni la ley ni el Reglamento una previsión semejante respecto de las sociedades que a diferencia de las UTEs tienen personalidad jurídica propia y actúan en el giro o tráfico como un sujeto de derecho independiente, con independencia de las posibles participaciones en ellas de otras sociedades.

Pero la sociedad Bahía de Cádiz es una persona jurídica distinta de Valoriza por más que esta participe en aquella, por tanto no es posible acreditar la solvencia de Valoriza mediante certificación de trabajos realizados por otra entidad, salvo lo dispuesto en el artículo 47 de la Directiva 2004/18, *“En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.”*

Por su parte el artículo 63 del TRLCSP recogiendo el precepto anteriormente citado, bajo la rúbrica “Integración de la solvencia con medios externos”, establece que *“Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios”*. Corresponde por tanto a cada licitador en caso de que se pretenda integrar tal solvencia aportar los documentos acreditativos de los contratos, acuerdos, convenios o cualquier otra operación que permita tener por suficiente la solvencia económica exigida. Sin embargo, dicha circunstancia no fue probada, ni siquiera invocada en el momento procedimental oportuno con la presentación de la documentación administrativa.

Cabe añadir una consideración más respecto del Certificado del Consorcio para el Tratamiento de RSU del Maresme, puesto que la recurrente considera que se trata realmente de un mero “auto-certificado” elaborado por el propio licitador remitido a dicho Consorcio, pero sin que exista confirmación por parte del Poder Adjudicador de los extremos en el mismo manifestados. Nada dice al respecto la adjudicataria en su escrito de alegaciones. Este Tribunal comprueba que efectivamente el documento aportado no es tanto un certificado como una solicitud de certificado que no consta se haya aportado aunque sea en un momento posterior, por lo que no puede considerarse como un documento válido para acreditar la solvencia exigida.

Por último en relación con la solvencia se alega por la recurrente que respecto a los listados de referencias aportados por UTE VALORIZA S.A. - VERINSUR S.A. - VERTIDOS RIOJA S.L., se aprecia claramente cómo en el certificado nº 4 aportado por VERINSUR, se asignan al cliente UTE las Calandrias, la entrada en el vertedero Verinsur de 134.026,74 toneladas en el año 2010, 157.992,86 en el año 2011 y 144.129,15 en el año 2012, constando en el mismo certificado que durante los años 2010, 2011 y 2012 han tenido entrada en la planta de las Calandrias procedentes de

Aguas de Jerez empresa municipal S.A., determinadas cantidades de residuos de lo que deduce que en el vertedero de VERINSUR se tratan los rechazos procedentes de la Planta de Las Calandrias y sin embargo, a la hora de computar las toneladas tratadas de este vertedero se han considerado también incluidas las correspondientes a las entradas a la Planta de las Calandrias.

El informe del órgano de contratación señala que se ha verificado esta confusión, mientras que la adjudicataria aduce en alegaciones que en ningún momento la UTE adjudicataria ha procedido a duplicar las toneladas tratadas en la Planta de las Calandrias, que efectivamente tienen como vertedero de cola el de VERINSUR, donde se produce su disposición final. Explica que *“simplemente se trata de dos prestaciones diferentes, en dos contratos públicos diferentes, uno para cada fase, (tratamiento y disposición final), ambas de las cuales esta representación mantiene englobadas en el objeto del contrato y en la solvencia requerida al mismo cuando el concepto tratar, según las normas sectoriales estatal y autonómica es considerado como un conjunto de actividades que incluye el depósito en vertedero, pero también la valorización y preparación para el reciclaje”*. Cita para ello el artículo tercero de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, que define el Tratamiento como las operaciones de valorización o eliminación, incluida la preparación anterior a la valorización o eliminación y el artículo 4 de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Residuos de la Comunidad de Madrid en que el tratamiento se define en su punto 16 como: procedimiento dirigido a modificar la composición o las propiedades físico-químicas de un residuo. A los efectos de depósito en vertedero, se considera tratamiento cualquier proceso mecánico, físico, térmico, químico o biológico, incluida la clasificación, que tenga por objeto facilitar la manipulación del residuo, reducir su volumen, reducir su peligrosidad o modificar sus propiedades con carácter previo al vertido.

La interpretación que puede darse a estos preceptos determina que las mismas cantidades de residuos, puedan ser objeto de distintas operaciones de tratamiento cada una de ellas en distintas plantas, por lo que en principio nada se

opone a que puedan ser tenidas en cuenta dos veces, ahora bien no es exactamente este el supuesto que se plantea, sino que no consta acreditado en el listado aportado que uno de los miembros de la UTE adjudicataria VERINSUR ha gestionado en su vertedero procedente de las Calandrias una determinada cantidad de residuos, sin que el tratamiento previo por parte de las Calandrias de tales residuos pueda imputarse a la actividad de Verinsur.

La extensión de este fundamento exige recoger de forma resumida sus conclusiones en aras a la claridad. De esta forma este Tribunal considera que:

- El Certificado del Consorcio de Entes Locales Valle del Tiétar: no puede ser tenido en cuenta a la hora de acreditar la solvencia exigida por lo que deben restarse 12.510,29 de los residuos tratados.
- El Certificado del Consorcio Bahía de Cádiz no es válido para acreditar el tratamiento de la cantidad de 218.000 toneladas para los años 2010 y 2011, por falta de concreción, ni para el año 2012 al no aportarse acreditación de la disposición de medios.
- El Certificado del Consorcio para el Tratamiento de RSU del Maresme no es válido para acreditar el tratamiento de 25.185,46 t, en el año 2010, 30.412,42 en el año 2011 y 31.262 en el año 2012.
- No pueden tenerse en cuenta como cantidades tratadas por Verinsur las que constan como han tenido entrada en la planta de las Calandrias procedentes de Aguas de Jerez empresa municipal S.A.

Ello sin embargo, no puede llevar sin más a este Tribunal a anular la resolución de adjudicación recurrida, puesto que la UTE adjudicataria no fue requerida para subsanar en el momento procedimental oportuno el defecto de acreditación de la solvencia en los términos del artículo 81.2 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2011 de 12 de octubre, que establece la obligación de la Mesa de contratación de requerir a los participantes en los procesos de licitación pública para que subsanen los defectos u omisiones padecidos en la documentación presentada.

Procedería por tanto en este caso retrotraer el procedimiento al momento oportuno para requerir a la UTE adjudicataria al objeto de que subsane los defectos padecidos en orden a la acreditación de la solvencia exigida. No obstante lo anterior, dado que existen otros motivos de impugnación, deben examinarse los mismos para determinar la efectividad de esta medida.

Séptimo.- Procede entrar a examinar por tanto otra de las cuestiones invocadas por la recurrente que también aduce CESPAS en su escrito de alegaciones cual es la de considerar que la adjudicataria ha retirado su oferta en tanto en cuanto el importe de la garantía definitiva constituida no alcanza el 5% del importe de adjudicación, puesto que siendo el mismo 33.826.291,84 euros, IVA excluido, para los cuatros años de duración inicial del contrato, la UTE adjudicataria había constituido una garantía definitiva de 418.600,36 euros, frente a los 1.691.314,59 euros que le corresponderían.

Por su parte la adjudicataria en su escrito de alegaciones señala que la garantía definitiva depositada es la exigida por el organismo en la Resolución de Presidencia de la Mancomunidad Sur 71/2013 y que dicha garantía, junto con la provisional depositada que alcanzó el importe de 1,5 millones de euros, fue constituida el veintinueve de noviembre del pasado año, dentro del plazo legal de diez días hábiles del artículo 151.2 TRLCSP y, por tanto, dentro también de los quince días hábiles de la cláusula 15 del PCAP, cubriéndose con ambas cantidades las garantías exigidas al interés público.

En primer lugar debe señalarse que el pliego incluye en este punto una previsión *contra legem* al establecer como plazo de presentación de la documentación el de 15 días en lugar de los 10 días que previene 151.2, lo cierto es que consta que el requerimiento se efectuó el día 20 de noviembre de 2013, constando constituida la indicada garantía por la cantidad restante de 418.600,36 euros el día 29 de noviembre de 2013, día en el que se hace constar la circunstancia

de la presentación por la Secretaría General de la Mancomunidad del Sur, por lo que no puede estimarse el recurso con fundamento en tal pretensión.

Respecto de la suficiencia de la garantía este Tribunal comprueba que efectivamente en el documento de requerimiento de documentación, el órgano de contratación solo exige la constitución de garantía definitiva por importe de 418.600,36 euros.

En todo caso el artículo 103.5 del TRLCSP permite al adjudicatario que aplique el importe de la garantía provisional a la definitiva, en cuyo caso no puede considerarse que haya habido incumplimiento alguno de la ley por la adopción de tal medida. Ahora bien, siendo ello posible de forma automática en el caso del depósito en metálico o valores, tal y como expresamente previene el apartado 2 del artículo 64 del RGLCAP, cuando interviene un tercero como es el caso del avalista no puede tenerse por cierto que el mismo mantendrá su garantía provisional una vez expirado el plazo para el que se constituye cual es el de la licitación, lo que exigiría la aportación de cualquier documento acreditativo del mantenimiento de la garantía provisional una vez expirado el supuesto para el que se constituyó. No consta en el expediente, ni se ofrece por la adjudicataria en alegaciones, ninguna explicación al respecto, documentación tendente a la ampliación del aval durante el periodo de ejecución del contrato, por lo que debe estimarse la pretensión de la recurrente en este punto y debería tenerse por retirada la oferta de la adjudicataria.

Sin embargo en este punto nos encontramos con que la constitución de la garantía en la cantidad indicada se produce como consecuencia de un requerimiento de la Mancomunidad en tal sentido, por lo que ante esta circunstancia debe poder concederse a la adjudicataria la posibilidad de aportar la documentación que acredite que puede aplicar la garantía provisional a responder de la ejecución del contrato.

Octavo.- Otro de los motivos en los que la recurrente fundamenta su solicitud de exclusión de la oferta de la adjudicataria es la vulneración del principio de secreto de las proposiciones, al contener el sobre 1 de la oferta de la adjudicataria determinada información susceptible de valoración como criterio de adjudicación, en concreto la maquinaria de reposición.

De acuerdo con el punto 10 del Anexo I del PCAP, la valoración de las ofertas se hará únicamente mediante criterios objetivos, asignando 75 puntos para el criterio “oferta económica” y 25 para la “oferta técnica”. Dentro de este criterio a su vez se establecen dos subcriterios o parámetros:

- Parámetro A equipos y maquinaria que el licitador considere necesario aportar que exceda de los medios que aporta la Administración, otorgándose 6 puntos a la oferta que contemple el mayor aporte económico de maquinaria de operación (cabezas tractoras, camiones y semirremolques etc.,) y con 3 puntos aquella oferta que contemple el mayor aporte económico de maquinaria (bulldozer, compactadora, cargadora, motoniveladoras, camión dumper).

- Parámetro B maquinaria a reponer por encima el mínimo señalado en el pliego especificado los puntos que se otorgarían para cada tipo de máquina por encima del mínimo exigido (por ejemplo por cada cabeza tractora 1 punto, por cada tractor de cadenas 8 puntos).

En el apartado 11 del Anexo I se indica la documentación precisa que se aportará en el sobre número 2 para la valoración de tal criterio, mientras que en el apartado 7 se indica que cada licitador presentará de forma detallada y que será vinculante, lo solicitado en el apartado 8 del PPT relativo al contenido del plan de explotación y mantenimiento postclausura. En dicho apartado por lo que se refiere al contenido mínimo del plan de explotación del DC Pinto (depósito controlado de residuos urbanos), se exige que el plan comprenda al menos: *“Determinación de la maquinaria a utilizar en los trabajos de explotación, con indicación de tipo y potencia,*

indicando y justificando las actividades a realizar por cada una de ellas, estableciendo las horas de funcionamiento de cada equipo en las sucesivas secuencias anuales de explotación, separando lo relativo a los medios facilitados por la Mancomunidad de Municipios del Sur de los correspondientes a aquellos aportados por el licitador”.

Según afirma la recurrente, la UTE adjudicataria incorpora en el apartado 4.1. “Maquinaria, vehículos y equipos asignados” del Sobre nº 1 “documentación administrativa” su “plan de explotación y mantenimiento postclausura, tomo 1. plan de explotación D.C. PINTO” que comprende un cuadro, en el que se detalla claramente la maquinaria de reposición que debe ser tenida en cuenta para la valoración del criterio sujeto a juicio de valor (sic) para la realización de las actividades de explotación del D.C. de Pinto.

Por su parte la adjudicataria en el trámite de alegaciones señala, sin discutir la efectiva aportación de una la relación de maquinaria en el Sobre nº 1, que el Plan de Explotación aportado contiene las horas de utilización de la diferente maquinaria con objeto de explicar el mismo, pero en ningún caso se acompaña el valor económico la misma y que el propio órgano de contratación, a preguntas y aclaraciones formuladas antes de concluir el periodo para presentar ofertas, así lo contestó y aclaró, recogiendo dicha aclaración:

Pregunta: “En la p.32 del PCAP, en el apartado de solvencia técnica, se indica que “se acreditará por todos y cada uno de los medios siguientes: (...) (último punto) Cada licitador presentará de forma detallada y que será vinculante, lo solicitado en el APARTADO 8 del PPTP relativo al CONTENIDO DEL PLAN DE EXPLOTACIÓN Y MANTENIMIENTO POSTCLAUSURA”. Entendemos que este último punto no forma parte del Sobre nº 1 sino que por error hace referencia a la documentación que deberá consignarse en el Sobre nº 2. Confirmar este particular o aclarar alcance de la documentación que deberá incorporarse en el Sobre nº 1 para acreditar en contenido y forma la solvencia técnica de la propuesta.”

Respuesta “Como se indica en la Cláusula 12 del PCAP, el Plan de Explotación constituye uno de los apartados de la solvencia técnica. Por tanto, deberá aportarse en el Sobre Nº 1”.

Por su parte el informe del órgano de contratación, después de exponer las circunstancias antes descritas señala que “consideramos que la UTE no incumplió ninguno de los pliegos, ni el PCAP, ni el PPT. Si es cierto que podría ponerse en tela de juicio el pliego en cuanto a si es lícito o no, incluir esta información en el sobre 1. No obstante el pliego no fue impugnado por ninguno de los licitadores y la Mancomunidad se pronunció muy claramente al respecto. No es menos cierto que la solvencia técnica suele incluirse en todos los concursos fuera del sobre que incluya las prescripciones económicas y financieras”.

Antes que nada debe señalarse que, aun cuando la recurrente se refiere a la aportación de datos relativos a la valoración de la oferta mediante criterios sujetos a juicio de valor, dicha mención no es exacta puesto que el PCAP solo establece criterios objetivos o valorables mediante fórmulas o porcentajes, si bien puede inducir a cierta confusión la circunstancia de que obliga a presentar 3 sobres, el primero con la documentación administrativa, el segundo con la oferta técnica y el tercero con la oferta económica, a pesar de que la oferta técnica es valorable mediante la aplicación de cifras o porcentajes. Así la valoración de la maquinaria de reposición se hará asignando x puntos a cada máquina a aportar por encima del mínimo exigido. No es baladí esta distinción puesto que el tratamiento legal de la alteración del orden de apertura de la documentación no es el mismo en función del tipo de criterios de valoración.

Partiendo de que se trata de criterios valorables mediante cifras o porcentajes, es cierto que parte del contenido de la oferta se desvela al incluir en el sobre 1 datos sobre la maquinaria a aportar por la adjudicataria, que acompaña un listado de la maquinaria con sus características, pero sin incluir el precio. Por su

parte la recurrente acredita que incluyó dicha documentación en el sobre nº 2 de documentación técnica.

El artículo 145 del TRLCSP dispone: *“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.*

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo”.

Es criterio reiterado en la doctrina y jurisprudencia que la inclusión de la oferta o documentación de la proposición en el sobre correspondiente a la documentación administrativa constituye causa de exclusión, pues se rompe el secreto de la proposición y la necesaria separación que debe existir entre la admisión de los licitadores y la valoración de la proposición en aras a garantizar la imparcialidad y objetividad y sobre todo la transparencia, pues la apertura de las proposiciones ha de hacerse en acto público, situación que no se requiere para la valoración de la documentación acreditativa de los requisitos previos. Es una exigencia legal la publicidad en la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores.

En este sentido el artículo 160.1 del TRLCSP dispone que *“En todo caso la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos”.* La previsión de secreto de la oferta y apertura en acto público está desarrollada en las normas reglamentarias.

El artículo 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala que la documentación para las licitaciones se

presentará en sobres cerrados y que *“uno de los sobres contendrá los documentos a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley y el otro la proposición, ajustada al modelo que figure en el pliego de cláusulas administrativas particulares, conteniendo, en los concursos, todos los elementos que la integran, incluidos los aspectos técnicos de la misma”*; el artículo 81 se refiere a la calificación de la documentación presentada indicando que el Presidente ordenará la apertura de los sobres que contengan la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley, estableciéndose un trámite para la subsanación de defectos y omisiones en la documentación presentada, y, finalmente, el artículo 83 regula el acto público de apertura de las proposiciones.

Debe en primer lugar examinarse si en este caso concreto se ha producido el supuesto de vulneración del secreto de la oferta señalado por la recurrente. A estos efectos debe destacarse que tal y como se indica más arriba, la aportación de maquinaria era valorable de dos formas posibles: equipos y maquinaria que el licitador considere necesario que exceda de los medios que aporta la Administración, que se valorará en función a su valor económico y maquinaria a reponer por encima el mínimo señalado en el pliego que se valorará otorgando puntos para cada tipo de máquina por encima del mínimo exigido. De manera que si bien cabría plantearse si la simple relación de maquinaria en el caso del primer sistema de valoración que se realiza sobre su aporte económico no permite tener por develado el secreto de la oferta, como aduce la adjudicataria, no puede afirmarse lo mismo respecto del segundo de los supuestos en que el valor económico de las máquinas y equipos ofertados no entra a ser valorado, sino que lo que es objeto de la valoración es simplemente su número.

Examinado el proyecto técnico incluido por la adjudicataria en el sobre número 1 de documentación administrativa, se comprueba que en el listado de maquinaria a utilizar en los trabajos de explotación cuya aportación como parte del plan de explotación debía incluirse en el sobre 1, no se recogen valoraciones económicas, pero también que se aporta a solicitud expresa de la Mancomunidad la maquinaria de reposición asignada al DC de Pinto, cuya valoración era

independiente de su valor económico. Así en el documento de subsanación de la documentación administrativa a presentar se manifiesta que se aportaría 1 tractor de cadenas 1 compactador, y dos cabezas tractoras todos ellos correspondientes al punto 5.1.1 del PPT.

Pero al igual que la ley es clara al respecto del secreto de las proposiciones, lo es también en cuanto al carácter vinculante de los pliegos que constituyen ley del contrato, de acuerdo con el artículo 145 del LTRLCSP. Debe también tenerse en cuenta que la adjudicataria actuó diligentemente al solicitar al órgano de contratación aclaraciones sobre el contenido del sobre 1 ante una posible vulneración del secreto de la oferta y que ninguna de las licitadoras impugnó los pliegos, encontrándose en la misma situación la oferta de FCC.

A ello hay que añadir la conducta del órgano de contratación que, de nuevo aboca a la adjudicataria con su interpretación en este punto, a vulnerar lo establecido el TRLCSP, no solo en la redacción del pliego y contestación a la pregunta planteada, sino también en el trámite de subsanación en el que, según consta en el expediente, se indica *“el cuadro presentado relativo a la maquinaria vehículos y equipos asignados, el licitador no contempla los requisitos del punto 5.1.1. del PPT de Reposición de maquinaria el licitador deberá considerar este aspecto.”*

Nos encontramos por tanto en un supuesto de pliegos contrarios a la Ley que no han sido impugnados por las licitadoras en el momento procedimental oportuno. De hecho tampoco en sede de recurso se hace valer la ilegalidad del pliego. Este Tribunal ha considerado en diversas Resoluciones que cuando un pliego adolece de ilegalidad pero no es objeto de recurso, el mismo se convierte en vinculante para las licitadoras que no podrán invocar después la ilegalidad, a menos que la misma sea constitutiva de nulidad de pleno derecho,- cuya apreciación puede verificarse de oficio por el Tribunal-, de manera que es preciso determinar el alcance de dicha infracción para determinar si el PCAP debe ser anulado y con él la licitación

posterior, o si por el contrario al deber mantenerse los pliegos la actuación de la adjudicataria con estricto cumplimiento de los mismos, aunque vulneradora del secreto de la oferta, debe aceptarse en virtud de la vinculación de las ofertas al contenido del pliego.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del TRLCSP, son causas de nulidad de derecho administrativo, a) las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). Las previsiones contenidas en el TRLCSP para salvaguardar el secreto de la oferta tienen por objeto evitar que pudiera infringirse el principio de igualdad de trato y no discriminación consagrado en el artículo 1 del mismo texto legal, ante el conocimiento anticipado de determinados aspectos de la proposición de unos licitadores que no se ha realizado en acto público, por lo que en principio llevaría a considerar que se ha podido producir una potencial vulneración de los principios de publicidad y de igualdad, susceptible este último de amparo constitucional y por tanto comprendido en las causas de nulidad del pleno derecho del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, LRJ-PAC, por lo que procedería anular los pliegos y consecuentemente todo lo actuado con posterioridad a su aprobación.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41. 4 del TRLCSP y el artículo 3 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don G.A.S., en nombre y representación de URBASER S.A., contra el Acuerdo de fecha 26 de diciembre de 2013, de la Mancomunidad de Municipios del Sur por el

que se adjudica el contrato “Gestión de servicios públicos de explotación de las instalaciones de transferencia y eliminación de residuos urbanos ubicadas en la zona sur de la Comunidad de Madrid”, expediente 3/2013, anulando el procedimiento de licitación al contener los pliegos disposiciones *contra legem* que vulneran el principio de igualdad y por tanto son nulas de pleno derecho.

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.

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 49 TRLCSP.