

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

En Madrid, a 23 de abril de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don P.R.A., en nombre y representación de CESPAS GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.U., contra el Acuerdo de la Asamblea de la Mancomunidad del Sur, de fecha 10 de marzo de 2015, por el que adjudica el contrato de gestión de servicio público denominado “Explotación de las instalaciones de transferencia y eliminación de residuos domésticos de la Comunidad de Madrid cedidas a la Mancomunidad del Sur”, 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” expte 3/2013, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con un valor estimado de 67.798.890 euros (IVA excluido).

Como consecuencia de la interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación de dicho contrato, mediante Resolución 33/2014 de este Tribunal, se apreció la existencia de una causa que determinaba la nulidad del procedimiento de licitación. La causa determinante de dicha nulidad fue la potencial vulneración del secreto de la oferta como consecuencia de la inclusión en el sobre 1 de datos sobre la maquinaria a aportar por la adjudicataria, que acompaña un listado de la misma con sus características, tal y como se establecía en los pliegos.

El nuevo anuncio de la convocatoria del contrato se publicó en el BOE el 17 de junio de 2014, siendo el contrato calificado como de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, a adjudicar mediante pluralidad de criterios y fijándose su valor estimado en 64.116.490,14 euros, y su plazo de duración en cuatro años prorrogable por otros dos. Asimismo se establece en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que el contrato tiene gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros.

Interesa destacar a efectos del presente recurso que el PCAP establece como criterios de adjudicación, el precio que tiene asignados hasta 70 puntos del total de 100 que pueden otorgarse al licitador, quedando repartidos los otros 30 puntos entre el criterio consistente en “Mejoras propuestas a cargo del licitador”, al que se asignan 20 puntos, y criterios cuantificables mediante un juicio de valor, a los que se asignan 10 puntos del total de 100.

Las mejoras son las que se detallan en el Anexo III del PCAP, consistentes todas ellas en la aportación de maquinaria o vehículos por encima de los previstos en el apartado 5.2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), conteniendo un apartado E, de “Equipos, vehículos, maquinaria, y otros elementos o medios auxiliares que el licitador considere necesario aportar”, respecto del que se indica:

“los licitadores valorarán económicamente los equipos, vehículos, maquinaria y otros elementos o medios auxiliares que consideren necesario aportar para la correcta prestación del servicio, que serán convenientemente descritos en la Oferta técnica que presente”, pudiendo ser intercambiados por otros que la Mancomunidad considere, siempre con idéntica valoración económica a precios de mercado.

Los medios o materiales de reposición obligatoria del apartado 5.2 del PPT son 10 cabezas tractoras de dos ejes para enganche de semirremolque con brazo hidráulico, 11 semirremolques de tres ejes con equipo elevacontenedores, 25 contenedores de compactación de acero, 7 líneas de compactación, 1 compactador de residuos para vertedero, 1 tractor de cadenas, una barredora de viales, y un furgón taller.

En cuanto a los criterios valorables mediante juicio de valor, en el PCAP se establece el contenido que ha de tener la oferta técnica que deberá incluirse en el sobre 2, respecto de cuyo contenido se especifica en el apartado 11 del Anexo I del PCAP *“Se evitará escrupulosamente por parte de los licitadores la inclusión de cualquier cifra o valoración económica de los medios materiales de reposición obligatoria.*

Se prestará especial atención a evitar incluir en este apartado cualquier información técnica o económica de medios materiales no solicitados como reposición obligatoria por el presente Pliego.

El incumplimiento de cualquiera de las directrices anteriores, será motivo de exclusión de la oferta presentada por el licitador.”

En cuanto al sobre 3, el apartado 11 del Anexo I del PCAP señala que es en ese sobre en el que se ha de incluir la información relativa a las especificaciones técnicas de equipos, vehículos, maquinaria y otros elementos o medios auxiliares

(distintos o adicionales a los vehículos y maquinaria facilitados por la Administración y a los de reposición obligatoria por el contratista) que los licitadores estimen oportuno aportar. Estos vehículos y maquinaria se valorarán mediante uno de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas establecido en el PCAP (apartado 10.1 del Anexo 1 del PCAP): “mejoras propuestas a cargo del licitador” y, en concreto, la relativa a “equipos, vehículos, maquinaria y otros elementos o medios auxiliares que el licitador considere necesario aportar”.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 4 licitadoras entre ellas la recurrente CESPAS Gestión de Residuos, S.A.U, así como Fomento de Construcciones y Contratas, S.A, que asimismo ha presentado recurso especial que se sustancia ante este Tribunal con el número 47/2015.

Consta en el expediente administrativo que la licitadora URBASER, S.A., el 27 de junio de 2014 formuló consulta al órgano de contratación en relación con la contradicción en los pliegos (apartado 11.A.F del PCAP) y la prevención sobre la inclusión de cualquier cifra o valoración económica de los medios materiales de reposición obligatoria, en el sobre 2.

Esa consulta fue contestada mediante Resolución de su Presidencia por la Mancomunidad del Sur, el 3 de julio 2014, aclarando lo siguiente: “*RESPUESTA 3 (NRE-315) Tal como se indica en el Anexo I del PCAP, en el sobre 2 de la oferta a presentar por los licitadores no deben incluirse ningún tipo de información relativa a medios materiales no solicitados como de reposición obligatoria en el PPT.*”

De los medios materiales de reposición obligatoria que deben aportar los licitadores se incluirá la determinación de la maquinaria a utilizar en los trabajos de explotación, con indicación del 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, evitando incluir

referencias a la valoración económica de dichos medios materiales”.

Presentadas las ofertas por los licitadores y tras la calificación de la documentación administrativa (sobre nº1), se procedió a la apertura del sobre nº 2 de las proposiciones de los licitadores admitidos, remitiéndose al técnico evaluador para que procediera a la valoración de los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor.

Con fecha 10 de noviembre de 2014 se emite el Informe de valoración correspondiente a los criterios susceptibles de valoración subjetiva, del que resulta que la mejor oferta, corresponde a Fomento de Construcciones y Contratas (FCC), seguida de Urbaser y de CESP.A.

Consta en tal informe la siguiente observación: *“Por último el licitador oferta dotar al servicio de un vehículo de 9 plazas previsto inicialmente para el traslado de visitas autorizadas por el interior de las instalaciones.*

El licitador prevé emplear el citado vehículo, del cual detalla sus especificaciones técnicas, también para el traslado de personal propio de la explotación al frente de vertido, mejorando con ello los tiempos dedicados a desplazamientos internos.

Se considera que la inclusión en el Sobre 2 de la oferta de dicho vehículo puede entrar en conflicto con lo especificado en el Anexo I del PCAP de la licitación, que en su apartado 11 documentación a presentar en relación con los criterios de adjudicación del contrato, establece “Se prestará especial atención a evitar incluir en este apartado cualquier información técnica o económica de medios materiales no solicitados como reposición obligatoria por el presente Pliego. El incumplimiento de cualquiera de las directrices anteriores, será motivo de exclusión de la oferta presentada por el licitador.

Cabe considerar que la inclusión en el Sobre 2 de dicho medio material sería poco significativa a efectos prácticos del Plan de explotación del D.c en el caso de que se destinara exclusivamente a traslados internos de visitas autorizadas, sin embargo, la propuesta que realiza el licitador de mejorar el tiempo de desplazamiento del personal del servicio al frente de vertido sí genera consecuencias favorables para su proposición, aunque sea en mínima cuantía, sobre el proceso de explotación.”

A la vista del anterior informe, la Secretaria General de la Mancomunidad emite un informe fechado el 27 de noviembre de 2014, en el que en relación con la objeción relativa a la oferta de Urbaser realizada por el técnico informante, señala el carácter vinculante de los pliegos, considerando *“En el caso que nos ocupa, el licitador afectado ha incumplido las prescripciones establecidas en el pliego de las que era conocedor dado que así lo manifiesta expresamente en su oferta.”(...)*

“El principio de igualdad de trato por tanto obliga al órgano de contratación. En este caso implica que uno de los licitadores se ha excedido respecto de las prescripciones y previsiones en el pliego, sin que el resto de los licitadores hayan podido realizar esas otras aportaciones que fuesen valoradas por la Mesa de contratación, lo que les genera una desventaja, aunque sea pequeña.”

Asimismo indica, con cita de la Resolución 69/2013, de este Tribunal, que *“Esta resolución es de plena aplicación para el caso que nos ocupa y determina que en caso de admitir la plica del licitador se estaría permitiendo que el personal técnico encargado de realizar su valoración dispusiera de una información previa que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino sólo de aquéllos que han incumplido la exigencia reseñada, lo cual supone que su oferta será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras ofertas, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación”, Sin que “En el caso que nos*

ocupa no se puede hablar de oscuridad en el pliego porque el propio licitador refleja en su oferta la consecuencia que tiene la inclusión en el sobre número 2 de documentación que deba formar parte del sobre número 3, es decir la exclusión, como se pone de manifiesto en el informe técnico”

Respecto del caso concreto objeto del informe señala que *“Como se manifiesta en el informe del asesor externo con la propuesta que realiza el licitador se produce la mejora en el tiempo de desplazamiento del personal del servicio al frente de vertido y ello genera consecuencias favorables para su proposición, aunque sean en mínima cuantía, sobre el proceso de explotación, Al generar consecuencias favorables se ve afectado el principio de igualdad de trato entre los licitadores”*, concluyendo a la vista de todo lo anterior que en el caso que nos ocupa procede la exclusión del licitador.

El 5 de diciembre se vuelve a reunir la Mesa de contratación planteándose la posible contradicción en los pliegos y la situación del resto de las empresas licitadoras, como consecuencia de la que se emite el Informe 63/2014, de 12 de diciembre, de 2014 de la Secretaria General, complementario del anterior, realizado como se indica en el mismo, teniendo en cuenta el número reducido de empresas que se presentan a la licitación con el objetivo de salvaguardar la libre competencia.

En dicho informe se pone de manifiesto tanto la existencia de una contradicción en los pliegos, como el carácter vinculante de la consulta efectuada por Urbaser, pero asimismo se da cuenta de que en las ofertas de CESP A y de FCC aparecen otros puntos que denomina conflictivos. En concreto señala que CESP A hace referencia al empleo de un equipo triturador de voluminosos que actualmente no está incluido dentro de la maquinaria puesta a disposición del adjudicatario por la Mancomunidad ni entre los equipos de reposición obligatoria, *“por lo cual no queda acreditado el modo en que se propone triturar los residuos voluminosos para la reducción de su volumen”*. Asimismo se plantean otros posibles incumplimientos se

Urbaser y se indica respecto de la oferta de FCC que *“El resto de residuos voluminosos serán tratados mediante la subcontratación de un servicio de trituración que dará lugar a fracciones recuperables, que se gestionarán mediante entrega a recicladores, para lo cual aporta compromiso de recepción de dichas fracciones”*. Sin embargo concluye que si bien la oferta de Urbaser debería ser excluida, respecto de las de FCC y CESP A e indica, *“no debería excluirse al licitador por este motivo”*.

Asimismo se emite con la misma fecha, informe del técnico informante en el que explica la intención que tenía el Órgano de contratación en la separación de la documentación de los sobres, en el que afirma *“De un modo razonado y razonable y con la intención manifiesta de garantizar la máxima objetividad y transparencia en la nueva licitación del expediente, el órgano de contratación de la Mancomunidad del Sur determinó que era condición necesaria evitar de modo absoluto cualquier ambigüedad en la definición de qué información debía aparecer en las plicas de los licitadores.” (...)* *“En este sentido, la intención del órgano de contratación durante la revisión de los Pliegos y al aprobar la redacción definitiva de los mismos es impedir que dentro del contenido a aportar por los licitadores en el Sobre 2, estos incluyeran cualquier tipo de información relativa a medios materiales no solicitados como de reposición obligatoria en el PPTP, de modo que aquellos medios materiales necesarios para la ejecución del servicio, es decir, las MEJORAS PROPUESTAS A CARGO DEL LICITADOR (Criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas) tan solo se incluyeran dentro del apartado E.”*

Se incluye en dicho informe un examen de las ofertas del resto de licitadoras ante las dudas suscitadas por la Mesa de contratación en sesión del día 5 de diciembre.

Consta en el expediente Acta de 15 de diciembre de 2014, correspondiente al acto de lectura de los informes anteriores, en el que se acuerda solicitar informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, lo que se produce mediante

Resolución del Presidente de la Mancomunidad fechada el 17 de diciembre. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa contestó dicha solicitud con fecha 23 de diciembre de 2014, señalando que no le era posible evacuarlo, pues su competencia se ciñe a consultas generales, careciendo de competencias para emitir informe en relación con casos concretos y determinados.

Tercero.- El 30 de enero de 2015 se vuelve a reunir la Mesa de contratación, dejándose constancia en el Acta correspondiente de que el Presidente entiende que no se debe excluir a ninguno de los licitadores. Consta asimismo la intervención de la Secretaria de la Mesa señalando que *“en los pliegos existe una controversia y que en este punto debería procederse a desistir del procedimiento. No obstante se aprobó y publicó una aclaración que si se interpretara de manera estricta implicaría la exclusión de todos los licitadores, pero ello no solo perjudica los intereses de la Mancomunidad, sino que lo más importante es vulneraría los principios generales de la contratación, sin embargo, si se realiza una interpretación amplia supondría que solo una de las empresas licitadoras pudiera tener problemas”*. Trae a colación además una Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, que según afirma, avala que en el caso de incluir documentación del sobre 3 en el sobre 2, si dicha información no era relevante, no debe procederse a la exclusión.

Constan a continuación diversas opiniones sobre el carácter relevante o no de la información relativa al vehículo que propone aportar Urbaser para acortar los tiempos de desplazamiento, manifestando los distintos intervinientes el carácter irrelevante de tal dato de la oferta. Por ello concluyen acordando abrir la documentación económica de las ofertas de las tres empresas licitadoras (Valoriza había sido excluida en la apertura del sobre 1).

Consiguientemente el día 5 de febrero se procede a la apertura del sobre que contenía las ofertas económicas, dándose traslado del mismo al técnico informante para su valoración, que emitió informe el 11 de febrero de 2015, del que resulta que

la oferta más ventajosa económicamente es la de Urbaser, S.A, dándose lectura del mismo en acto público de la Mesa de contratación al día siguiente.

El 17 de febrero siguiente se dicta Resolución por la que se requiere a Urbaser, S.A., como licitadora que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, para que de conformidad con lo establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP, presente la documentación necesaria para proceder la adjudicación del contrato.

Finalmente mediante Acuerdo de la Asamblea de la Mancomunidad del Sur, de 10 de marzo de 2015 se adjudica el contrato a Urbaser, S.A., lo que se notifica a las licitadoras el 11 de marzo de 2015.

Cuarto.- Las demás licitadoras en el procedimiento de licitación solicitaron acceso al expediente administrativo, FCC con fecha 11 de febrero, que asimismo dirige un escrito al órgano de contratación con esa misma fecha considerando que la oferta de la propuesta como adjudicataria incurre en baja temeraria, y Cespa con fecha 12 de marzo de 2015.

El 13 de marzo de 2015 se dicta Resolución en la que se concede a CESPA el acceso parcial al expediente y a FCC se le concede plazo de 15 para que realice alegaciones en los términos de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

Quinto.- Con fecha 30 de marzo de 2015 CESPA presentó recurso administrativo especial en materia de contratación contra el Acuerdo de la Asamblea de la Mancomunidad del Sur, de fecha 10 de marzo de 2015, por el que se adjudica el contrato ante este Tribunal, que lo comunicó al órgano de contratación solicitando la remisión del expediente administrativo y del informe contemplado en el artículo 46.2 del TRLCSP, lo que se produjo el 6 de abril de 2015.

En el recurso solicita que *“se declare la nulidad de la resolución recurrida por ser contraria a derecho, se acuerde la exclusión de las ofertas admitidas en la licitación por haber incumplido los pliegos del contrato y en consecuencia, se proceda a convocar una nueva licitación”*. Se funda para ello en que siendo los pliegos vinculantes para los intervinientes en el procedimiento de licitación y teniendo en cuenta el informe de la Secretaria de la Mesa de 27 de noviembre de 2014, la oferta de Urbaser debió ser excluida, poniendo de manifiesto la contradicción en la actuación del órgano de contratación cuando afirma que *“La conclusión final de dicho informe, como ya se ha señalado y no podía ser de otra forma, era la EXCLUSIÓN DE LA OFERTA DE URBASER (sic). A pesar de la claridad de la conclusión, URBASER no sólo no fue excluida de la licitación sino que ha resultado adjudicataria de la misma.*

En el informe complementario del anterior, número 63/2014, de fecha 12 de diciembre de 2012, la Secretaria General hace referencia a nuevas controversias que sorprendentemente afectan a todas las empresas aceptadas en la licitación y que se refieren al incumplimiento de los pliegos por todas ellas, concluyendo que únicamente la empresa URBASER ha de ser excluida de la licitación. Insistimos, a pesar de la claridad de la conclusión, URBASER no sólo no fue excluida de la licitación sino que ha resultado adjudicataria de la misma”.

Asimismo se afirma en el recurso la procedencia de la exclusión de la oferta de FCC ya que *“el servicio de trituración ofertado (como subcontratación) supone una puesta a disposición de la Mancomunidad de unos medios materiales no solicitados en el PPT, como de reposición obligatoria, lo que como ya se ha reiterado, quedaba prohibido en los pliegos y en la aclaración. Esta última solución es igualmente aplicable a CESP.A.”*

Sexto.- El órgano de contratación, en el informe preceptivo que acompaña al expediente administrativo, remitido a este Tribunal el 6 de abril, defiende su

actuación, centrándose básicamente en la justificación tanto de la propia emisión como del contenido de los informes de la Secretaria General de la Mancomunidad, ante las afirmaciones contenidas en el recurso presentado, llegando a señalar que *“las alegaciones de la recurrente son contrarias a la buena fe, con frases sacadas de contexto, que hacen un reflejo de los hechos de manera desordenada para ofrecer ante el Tribunal una realidad que no se ajusta al expediente, interpretación o juicios de valor subjetivos y personales, que podrían llegar a tildarse de malintencionados y contrarios a los principios en que se fundamenta la contratación y que se reflejan en las resoluciones que se plasman en los informes emitido al respecto y que con escrupulosidad han sido cumplidos en el expediente 3/2013.”*

Séptimo.- Con fecha 7 de abril de 2015 se ha dado trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento habiéndose presentado escrito de alegaciones por FCC, y URBASER, esta última común para ambos recursos.

La primera, que a su vez ha presentado otro recurso sobre el mismo asunto, que se está tramitando ante este Tribunal con el número 47/2015 solicita que se desestime el recurso en cuanto a la pretensión de exclusión de su oferta, pero a diferencia de la pretensión de la recurrente en este recurso que solicita la nulidad de todo lo actuado, afirma que la oferta de FCC no contraviene el tenor de la letra E del apartado 11 del Anexo I del PCAP puesto que no alude a un medio material, sino a la contratación de un servicio y además como advierte el técnico evaluador, la mención que se incluye en el sobre 2 no hace una exhaustiva descripción de especificaciones técnicas de un medio material (equipo, vehículo), con lo que no anticipa información que pudiera ser valorada en el sobre 3. En consonancia con lo anterior el escrito de alegaciones se limita a argumentar sobre la pretensión de exclusión de su oferta, sin perjuicio del contenido del recurso 47/2015, solicitando que se desestime el recurso de CESPAGR, en cuanto éste pretende que se declare la exclusión de la oferta de FCC.

Por su parte Urbaser afirma en sus alegaciones que la recurrente carece de legitimación activa a la vista del *petitum* de su escrito de recurso, en el que se solicita la nulidad de todo el procedimiento y la convocatoria de uno nuevo, puesto que *“la mera estimación de su solicitud de exclusión de todos los licitadores, y por ende, la anulación del procedimiento obligando al órgano de contratación a declararlo desierto en atención a las circunstancias específicas del mismo, de tal manera que se pudiera invocar un interés en que con ello se vuelva a producir una licitación nueva en idénticos términos de la que el recurrente pudiera ser licitador, no es por sí sola ventaja sustentadora de un interés legítimo que actúe con “legitimatio ad causam” dado que se trataría de una mera suposición de algo posible que sin embargo no sustenta un interés real, cierto efectivo y actual.”* Cita para ello diversas resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales.

Así mismo argumenta que su oferta se ajusta a las directrices y determinaciones formales exigidas por los pliegos, explicando que el medio material objeto de la controversia es la puesta a disposición de una furgoneta destinada como medio auxiliar al transporte de los trabajadores y visita en una de las instalaciones objeto de la licitación (Depósito Controlado de Pinto) y que tal y como especificaba la letra E) del apartado 10.1 del Anexo I su puntuación económica debía contemplarse en el sobre 3 (cuestión lógica al estar sujeto su valoración a fórmula matemática) pero exigiendo al mismo tiempo la inclusión de su identificación y descripción de sus características en la Oferta Técnica, la cual correspondía al sobre nº 2 de criterios subjetivos sujetos a juicio de valor. Añade que en este caso se ha dado un supuesto de oscuridad en los pliegos que no puede perjudicarle, sin que la interpretación efectuada por ninguno de los licitadores, ni por la Mesa sea correcta. Concluye considerando que en todo caso no se ha producido una vulneración de los principios esenciales de la contratación pública, en particular el secreto de las proposiciones, invocando para ello la Resolución 137/2014 del TCRC y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, señalando asimismo el carácter irrelevante de la información incluida en el sobre 2 por su parte,

no siendo jurídicamente admisible una interpretación literalista que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, en aras del principio de libre concurrencia.

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 de servicios públicos en su modalidad de concesión, haciéndose constar en los pliegos que el contrato tiene gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros.

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, por lo tanto cabe recurso en relación con el contrato que ahora nos ocupa.

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

Tercero.- Especial examen merece la legitimación activa de la recurrente CESP, que ha sido puesta en entredicho por Urbaser, en cuanto su pretensión es la de nulidad de todo el procedimiento de licitación con la consiguiente declaración de desierto del mismo. Cita como fundamento de la falta de legitimación de la recurrente diversas resoluciones del TCRC, destacando de las mismas que no concurre legitimación activa cuando, aunque sea comprensible el interés del recurrente por defender la legalidad, no puede resultar adjudicatario del contrato en modo alguno ni obtener ninguna ventaja directa o inmediata de la modificación del acuerdo adoptado.

De acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Este Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones, en interpretación de este precepto que el criterio del legislador tanto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como en la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el artículo 42 del TRLCSP, es considerar el concepto de legitimación con carácter amplio, lo que permite recurrir a quienes tengan un interés distinto al de obtener la adjudicación, siempre con el límite de no habilitar una acción pública en defensa de la legalidad.

En este sentido, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo y los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación han precisado en sus sentencias y resoluciones el concepto de interés legítimo de manera amplia. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 mayo 2008 expone lo siguiente:

“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004).

Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y

general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997)”.

Especial interés reviste la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 octubre 2003, RJ 2003\8388, que resume la doctrina jurisprudencial del mismo en relación con esta cuestión, recogiendo los argumentos establecidos en la Sentencia más arriba reproducida a los que debe añadirse la siguiente consideración: *“Salvo en los supuestos en que el ordenamiento reconoce legitimación para ejercer la acción pública, no basta como elemento legitimador bastante el genérico deseo ciudadano de la legalidad, pues es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida ya que como señaló la sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9331, la legitimación «ad causam» conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión, o como dijo la Sentencia de 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3337), se parte del concepto de legitimación «ad causam» tal cual ha sido recogido por la doctrina como atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reaccional, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal, y que ha incidido en su esfera vital de intereses y la defensa de ese derecho requiere, como presupuesto procesal, que el acto impugnado afecte, por tanto, a un interés del recurrente”.*

A la vista de la jurisprudencia anteriormente expuesta debe considerarse que el artículo 42 del TRLCSP permite recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, pero también que en la acción ejercitada debe estar presente tal interés. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en las Resoluciones 122/2012 y 290/2011, y este Tribunal, en su Resolución 11/2011.

Por otro lado este Tribunal no desconoce el criterio sostenido por el TCRC, que viene considerando la inexistencia de legitimación activa en los supuestos en que el *petitum* expreso, o bien la consecuencia de la estimación del recurso planteado, sea la exclusión de todos los licitadores con la necesaria consecuencia de declaración de desierto del procedimiento, con la argumentación de que en tales casos la legislación de contratos no obliga, una vez declarado desierto el procedimiento de adjudicación, a convocar un nuevo procedimiento de adjudicación en idénticos términos que el anterior, toda vez que la entidad u órgano convocante puede acudir a otros medios distintos del contrato para prestar el servicio, o acudir a un contrato de distintas características del convocado, por lo que, con carácter general, la invocación por un licitador excluido de la posibilidad de que tras quedar desierto el procedimiento se vuelva a iniciar otro procedimiento de adjudicación al que pueda acudir como licitador, no es por sí sola ventaja sustentadora de un interés legítimo que actué como "*legitimatío ad causam*".

Sin embargo, en este caso concurren indicios suficientes para entender que la nulidad del proceso de licitación daría lugar a un nueva, dada la necesidad de explotación de las instalaciones de transferencia y eliminación de residuos domésticos, que de hecho se están explotando sin contrato, como consecuencia de la anterior anulación por este Tribunal de la anterior adjudicación, lo que resulta aproximadamente hasta millón y medio de euros más caro. Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por el órgano de contratación en su informe al recurso que expone los perjuicios económicos que se derivarían de un eventual desistimiento o declaración de desierto del contrato. Este indicio derivado de la necesidad de gestionar eficientemente las instalaciones existentes se ve corroborado por la circunstancia de que habiendo sido anulada por este Tribunal la anterior licitación sobre el mismo, tal y como se expone en el relato fáctico de la presente resolución, la Mancomunidad del Sur procedió a una nueva convocatoria del mismo, sin que nada haga pensar que esta no iba a ser la respuesta en una segunda ocasión en que se anulara eventualmente la licitación convocada.

Por lo tanto debe considerarse en una interpretación amplia del concepto legitimación activa, procedente según la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que la recurrente ostenta legitimación activa en los términos del artículo 42 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se planteó en tiempo puesto que la notificación de la adjudicación a la recurrente tuvo lugar el 11 de marzo de 2015, habiéndose interpuesto el recurso con fecha 30 del mismo mes, esto es dentro del plazo de quince días a que se refiere el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Quinto.- El objeto del recurso se contrae a determinar si la oferta de la adjudicataria debía haber sido excluida de la licitación al incluir elementos propios de los criterios valorables mediante cifras o porcentajes en el sobre que debía contener únicamente la documentación valorable mediante juicio de valor, para posteriormente y en el caso de ser así examinar la procedencia de la exclusión del resto de licitadoras.

En este caso, el PCAP regulador de la licitación establece como criterios para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, una pluralidad de criterios, tanto objetivos como subjetivos. En concreto entre las mejoras valorables mediante fórmula, el apartado E), del punto 10.1 del Anexo I del PCAP contempla “Equipos, vehículos, maquinaria, y otros elementos o medios auxiliares que el licitador considere necesario aportar”. Se trata de equipos distintos de aquellos que el pliego considera de aportación (reposición) obligatoria que se recogen en el apartado 5.2 del PPT, entre los que no se encuentra el vehículo para traslados dentro del recinto objeto de la controversia, (10 cabezas tractoras de dos ejes para enganche de semirremolque con brazo hidráulico, 11 semirremolques de tres ejes con equipo elevacontenedores, 25 contenedores de compactación de acero, 7 líneas de compactación, 1 compactador de residuos para vertedero, 1 tractor de cadenas, una barredora de viales, y un furgón taller).

Ninguna duda cabe de la dicción literal del pliego, que el tratamiento que debe darse a la mejora del punto E, en nada difiere del resto de mejoras previstas consistentes en la ampliación del número de elementos a aportar respecto de los de reposición obligatoria. De esta forma las mejoras valorables de forma automática serán tanto el incremento del número de medios de reposición obligatoria, como la aportación de otros medios necesarios para la prestación del contrato. En este caso un vehículo de transporte de trabajadores o visitas por las instalaciones.

El artículo 150.2 del TRLCSP dispone que *“La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.”*

La razón de ser de que la valoración de tales criterios sometidos a juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica es evitar que ese conocimiento pueda influir en la valoración a realizar y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. A ello responde la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece que *“la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.”* Por ello, tanto el orden de apertura, como el contenido de los sobres no solo son requisitos o exigencias contenidos en las cláusulas del PCAP, sino que derivan de una exigencia legal.

La obligación de guardar secreto de las ofertas se vincula con el principio de igualdad de trato recogido entre otras muchas en las Sentencias del TJUE Concordia Bus Finland de 17 de septiembre de 2002 y la Sentencia SIAC Construction de 18 de octubre de 2001.

En este caso no se ha negado por la adjudicataria, ni por el órgano de contratación, que se haya producido la inclusión de información relativa a una de las mejoras posibles valorables de forma objetiva en el sobre que contenía la documentación valorable mediante juicio de valor, por lo que en principio se ha podido potencialmente producir la influencia proscrita por la Ley, por lo que procedería la exclusión de la oferta de la adjudicataria. Pero debe tenerse en cuenta que la adjudicataria, en primer lugar, aduce para justificar esta circunstancia oscuridad en los pliegos, ofreciendo la interpretación que considera que debe darse a los mismos y, de otro lado considera que la aportación del vehículo controvertido no es relevante sino accesoria, tanto por su valoración, como por su función en la explotación de las instalaciones objeto del contrato.

Respecto de la oscuridad de los pliegos, como ha señalado este Tribunal en anteriores resoluciones, como la Resolución 56/2011 de 11 de septiembre, entre otras, cabe aplicar también al ámbito de la contratación pública, tal y como previenen la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 2009, RJ 2010\331, los principios y normas que rigen la interpretación de los contratos privados, cuando señala *“En relación con este particular en nuestra reciente Sentencia de 27 de mayo de 2.009, recurso de casación núm. 4580/2006, expresamos sobre esta cuestión de interpretación de los contratos que: "las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado. Mientras la sentencia de 2 de junio de 1999 (RJ 1999, 5749, recurso.*

casación 4727/1993 al sostener que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato añade que ha de tenerse en cuenta "la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas".

En este caso el PCAP resulta no solo claro, sino que contiene una redacción específica que contempla este supuesto, reforzando de forma intencionada, razonada y fundada en la anterior Resolución de este Tribunal que anulaba la convocatoria del contrato, en la que se especifica que "(...) Se prestará especial atención a evitar incluir en este apartado cualquier información técnica o económica de medios materiales no solicitados como reposición obligatoria por el presente Pliego.

El incumplimiento de cualquiera de las directrices anteriores, será motivo de exclusión de la oferta presentada por el licitador."

No requiere de ulterior interpretación la expresión resaltada además en negrita en el propio PCAP, de que los licitadores evitaban incluir cualquier información relativa a los medios materiales no solicitados como de reposición obligatoria, esto es las mejoras del apartado E, en el sobre 2, estableciendo además que la sanción a tal incumplimiento sería la exclusión de la oferta. A ello cabe añadir que la adjudicataria solicitó aclaración del pliego sobre ese extremo tal y como se recoge en los hechos de esta Resolución, que fue respondida el 3 de julio de 2014, aclarando lo siguiente: "**RESPUESTA 3 (NRE-315) Tal como se indica en el Anexo I del PCAP, en el sobre 2 de la oferta a presentar por los licitadores no deben incluirse ningún tipo de información relativa a medios materiales no solicitados como de reposición obligatoria en el PPT."**

Ante la rotundidad de la respuesta no cabe la interpretación efectuada por la adjudicataria afirmando que la puntuación económica de la mejora debía contemplarse en el sobre 3 (cuestión lógica al estar sujeto su valoración a fórmula matemática), pero exigiendo al mismo tiempo la inclusión de su identificación y descripción de sus características en la Oferta Técnica, la cual correspondía al sobre nº 2 de criterios subjetivos sujetos a juicio de valor, puesto que el propio órgano de contratación le indica que no deben incluirse ningún tipo de información relativa a medios materiales no solicitados, lo que comprende tanto la información técnica como la económica.

Por último debe plantearse la incidencia que la relevancia del criterio y del medio material que representa tienen en el rechazo de la oferta de la adjudicataria, puesto que como la misma señala, el valor total de las mejoras del apartado E, solo podría alcanzar 3 puntos de los 100 totales, correspondiéndole en este caso según el precio del vehículo, un 1,28% del total de las inversiones en maquinaria correspondiente a las mejoras. El carácter irrelevante de la mejora también se apunta en el Acta de la reunión de 30 de enero de 2015, citando como sustento una Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012.

La indicada Sentencia contempla un elemento que impediría la exclusión de las ofertas que en principio y formalmente fueran vulneradoras del secreto de las proposiciones, en primer lugar el conocimiento previo del dato y si su conocimiento antes de tiempo es irrelevante *“si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores”*, exigiendo *“la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificable mediante fórmula”*.

Sin perjuicio de la aplicabilidad directa o no de la Sentencia a las Resoluciones emanadas de este Tribunal y de su carácter de jurisprudencia, lo cierto es que sus conclusiones son compartidas por este Tribunal con carácter general, habiendo sido manifestado el carácter antiformalista de las exigencias de la licitación pública en varias ocasiones. Sin embargo ello no permite, ni al órgano de contratación, ni a las licitadoras, ni a este Tribunal, relativizar las exigencias establecidas legalmente para salvaguardar los principios que rigen la libre concurrencia, entendiéndose que la escasa incidencia de la puntuación a otorgar o la accesoriadad del elemento a valorar permitan relajar la exigencia, dejando en manos del órgano de contratación establecer un límite para apreciar cuándo se dan las circunstancias descritas y cuándo no. A mayor abundamiento no es preciso acreditar que la influencia se ha producido efectivamente, sino que es suficiente para anular la adjudicación que la misma sea potencialmente posible, circunstancia de la que deja constancia el técnico informante en el primer informe emitido el 10 de noviembre de 2014, cuando afirma *“Cabe considerar que la inclusión en el Sobre 2 de dicho medio material sería poco significativa a efectos prácticos del Plan de explotación del D.D en el caso de que se destinara exclusivamente a traslados internos de visitas autorizadas, sin embargo, la propuesta que realiza el licitador de mejorar el tiempo de desplazamiento del personal del servicio al frente de vertido sí genera consecuencias favorables para su proposición, aunque sea en mínima cuantía, sobre el proceso de explotación”*.

En cuanto al conocimiento previo por parte del órgano de contratación, en el caso examinado por la Sentencia es claro que el mismo se produce al tratarse de personal sujeto a subrogación, información que debe facilitar el anterior adjudicatario del contrato demandante en el proceso que da lugar a la Sentencia. En este caso la circunstancia de que Urbaser iba a proponer aportar un vehículo es desconocida, por más que en la actualidad existiera un vehículo ya amortizado propiedad de aquella.

Se aprecia por tanto la concurrencia del motivo invocado para excluir la oferta de la adjudicataria del procedimiento de licitación.

Sexto.- Debe examinarse aun si procede la exclusión del resto de licitadoras, incluida la recurrente, con el objeto de declarar desierto el procedimiento y convocar una nueva licitación.

Esta pretensión se fundamenta en las conclusiones del informe de la Secretaría General de la Mancomunidad 63/2014, de 12 de diciembre, de 2014, complementario del anterior de 27 de noviembre de 2014 y en el correlativo del técnico de valoración que pone de manifiesto otros posibles incumplimientos del resto de las licitadoras. En concreto señala que CESPAs hace referencia al empleo de un equipo triturador de voluminosos que actualmente no está incluido dentro de la maquinaria puesta a disposición del adjudicatario por la Mancomunidad ni entre los equipos de reposición obligatoria, *“por lo cual no queda acreditado el modo en que se propone triturar los residuos voluminosos para la reducción de su volumen”* y se indica respecto de la oferta de FCC que *“El resto de residuos voluminosos serán tratados mediante la subcontratación de un servicio de trituración que dará lugar a fracciones recuperables, que se gestionarán mediante entrega a recicladores, para lo cual aporta compromiso de recepción de dichas fracciones”*. Sin embargo concluye que si bien la oferta de Urbaser debería ser excluida, respecto de las de FCC y CESPAs indica *“no debería excluirse al licitador por este motivo”*.

Examinado el expediente administrativo, por este Tribunal comprueba que en el caso de la oferta de FCC no se vulneran las normas indicadas puesto que propone no la aportación del equipo, sino la subcontratación del servicio de trituración, con lo que no se produce el supuesto de hecho planteado.

En el caso de la oferta de la recurrente, CESPAs, parece indicarse que se va a aportar una equipo para el tratamiento de residuos voluminosos, pero ni se concreta

como mejora, ni se propone su aportación, ni se valora, ni se ofrecen datos sobre sus características técnicas, por lo que no puede entenderse conculcado ni el pliego ni la ley por lo que se refiere al secreto de las ofertas y el orden de apertura de las mismas.

Cabe señalar que, una vez que no se aprecia por este Tribunal causa por la que deba excluirse además de su propia oferta, la de FCC, ninguna ventaja obtendría de la exclusión de la oferta de la adjudicataria y por tanto carece de legitimación.

En su virtud, previa deliberación, 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.- Desestimar el recurso formulado por don P.R.A., en nombre y representación de CESPAS GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.U., contra Acuerdo de la Asamblea de la Mancomunidad del Sur, de fecha 10 de marzo de 2015, por el que se adjudica el contrato de gestión de servicio público denominado “Explotación de las instalaciones de transferencia y eliminación de residuos domésticos de la Comunidad de Madrid cedidas a la Mancomunidad del Sur”, declarando que no procede la exclusión de todas las licitadoras con la consiguiente declaración de desierto del procedimiento de licitación.

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 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 del TRLCSP.