

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

En Madrid, a 6 de julio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don P.P.S.; don G.A.S. y don R.P.V., en nombre y representación, respectivamente, de las empresas Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. - Urbaser, S.A. - Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., contra la adjudicación del contrato de “Explotación de una planta de tratamiento de biogás de biometanización para gestión de calidad y caudales, tratamiento del biogás, valorización y comercialización del mismo en el Parque Tecnológico de Valdemingomez”, expediente: 131/2015/00057-PTV, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio por el que se convocó la licitación se publicó en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Madrid y en el Boletín Oficial del Estado el día 27 de marzo de 2015.

Segundo.- Al procedimiento concurren dos licitadores:

- Urbaser, S.A - Valoriza Servicios Medioambientales S.A. - Fomento de Construcciones y Contratas, S.A, conjunta y solidariamente en compromiso de UTE.
- Cespa Gestión de Residuos, S.A.

Tercero.- El 19 de junio de 2015 tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de las empresas Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. - Urbaser, S.A.- Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., en el que se solicita:

1. Nulidad o anulabilidad subsidiaria de la adjudicación.
2. Exclusión de Cespa y retroacción de actuaciones al momento procedimental oportuno, y
3. Subsidiariamente, para el caso de que no se estime la exclusión de la oferta de la adjudicataria, una nueva valoración de las ofertas con aplicación de todas la condiciones expresadas en los pliegos y en sus criterios de valoración, continuando con el proceso de licitación.

El 26 de junio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- Con fecha 26 de junio el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Cespa cuyas consideraciones serán tenidas en cuenta al analizar cada uno de los fundamentos del recurso alegaciones y

manifiesta que la oferta de los recurrentes no ha cumplido las prescripciones técnicas al presentar valores de efluentes peores que los recogidos en los pliegos.

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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de personas jurídicas, licitadoras en compromiso de UTE, clasificadas en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP). En su calidad de licitadores, y teniendo en cuenta que el acuerdo de adjudicación afecta directamente a sus intereses y, en particular a sus expectativas de obtener la adjudicación del contrato, los recurrentes ostentan la legitimación precisa para la interposición del recurso.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 1 de junio, notificándose a ambos licitadores en esa misma fecha, e interpuesto el recurso el 19 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Opone Cespa, como causa de inadmisibilidad del recurso, la extemporaneidad del mismo, puesto que habiendo sido notificada la adjudicación el 1 de junio el plazo finalizaba el 18 de junio. No obstante, no ha tenido en cuenta que el 4 de junio era inhábil en la Comunidad de Madrid, tal como se recoge especificado en el anexo de la Resolución de 17 de noviembre de 2014, de la Secretaría de

Estado de Administraciones Públicas, por la que se establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2015, a efectos de cómputo de plazos (BOE de 27 de noviembre).

Cuarto.- Se impugna el decreto de adjudicación de un contrato calificado como gestión de servicios públicos. De acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, la impugnabilidad de los actos relacionados con contratos calificados como gestión de servicios públicos, depende de que concurran dos requisitos acumulativos:

- Plazo de ejecución superior a 5 años, condición que se cumple pues el apartado 5 del anexo I del PCAP fija el plazo de ejecución en 11 años y 1 mes.
- Presupuesto de gastos de primer establecimiento superior a 500.000 euros, condición que también se cumple, tal y como se desprende del apartado 4 del anexo I del PCAP, que los valora en 848.282,89 euros.

El acto impugnado, la adjudicación, es susceptible de recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Quinto.- En primer lugar, por las empresas recurrentes se argumenta la necesaria exclusión de la oferta de Cespa, S.A., por incumplimiento en su oferta de las condiciones técnicas exigidas por el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, (en adelante PPT).

En el seno de la contratación pública la jurisprudencia establece el sometimiento de la Administración y los licitadores a los Pliegos como ley del contrato, siendo éstos el elemento reglado que permite un control posterior, pues de lo contrario se puede estar discriminando a unos licitadores frente a otros e incurriendo en arbitrariedad en la valoración de las ofertas. Respecto de los licitadores supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso presentar su oferta conforme a los requisitos técnicos

contenidos en los pliegos y que en caso de no hacerlo puedan ser excluidos de la licitación.

La fijación de las condiciones técnicas en el PPT es una atribución que la normativa reguladora de la contratación pública establece para la Administración, de forma tal que será el órgano de contratación el que fije las prescripciones técnicas mínimas que habrán de cumplir los licitadores.

En este sentido se ha pronunciado ese Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en numerosas resoluciones (por todas, 82/2014; 85/2014; 90/2014; 111/2014), pudiendo destacarse la resolución 84/2014.

En esta última se afirma que “Como es sabido, los Pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011\170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación, pues la aceptación de proposiciones que no cumplen las prescripciones técnicas no permiten una comparación en términos de igualdad que determine cuál es la económicamente más ventajosa, pues la diferencia de condiciones técnicas y calidades influyen en la oferta económica y en la desigualdad a la hora de comparación de las ofertas”.

Lo que procede, por tanto, es determinar si la oferta técnica adjudicataria cumple o no con las prescripciones mínimas, mediante una operación de comprobación con el PPT. No se puede obviar que el caso que nos ocupa, aun siendo una cuestión de comparación objetivable y no de apreciación mediante juicio de valor, la comprobación requiere conocimientos técnicos especializados y debemos partir de que el informe de valoración y el informe al recurso han sido realizados por un órgano cualificado por la posesión del correspondiente saber especializado y, admitiendo el margen de polémica o discrepancia que sobre la materia pudiera haber y sea tolerado en el concreto sector de especialización técnica, cabe atribuir a dicho informe un valor de objetividad e imparcialidad superior al de las partes competidoras. Dicho informe explica motivadamente las razones del juicio técnico al margen de la discrecionalidad y desde el punto de vista de cumplimiento de los fines que se pretenden cumplir con la contratación y son justificación de las prescripciones técnicas que han de contribuir a conseguirlo.

En cuanto a los incumplimientos alegados cabe recordar que el PPT, establece y exige unos criterios mínimos de calidad para el biogás depurado por la Planta de Tratamiento de Biogás: *“en el caso del biogás, se aceptará la inyección de biogás en la red con un contenido de O₂ hasta el 0,3 mol% siempre que concurren simultáneamente las siguientes circunstancias en el punto de inyección...”*.

Es decir, la red de distribución de gas, admitiría el biogás depurado por la Planta de Tratamiento de Biogás, objeto de la presente licitación, con un *“contenido máximo de 0,3 mol% en oxígeno”*.

En la oferta presentada por la adjudicataria, Cespa, dentro del apartado referido a los Balances de Masas, en las páginas 5 y 6 del Tomo 1, *Plan de Explotación* y en las páginas 13 y 14 del Tomo 3, *Documento de Síntesis*, de su oferta, se presentan y recogen unas características del biogás de salida, con un contenido de oxígeno del *“0,37 mol%”*.

Manifiesta la recurrente que la adjudicataria, Cespa, incumple las calidades del biogás exigidas en el Protocolo de Detalle “PD-01” que regula las normas de gestión técnica del sistema gasista (Resolución de 12 de diciembre de 2012, publicada en el BOE de 01 de enero de 2013), las cuales se reflejan en el artículo 11 y en el anexo 5 del pliego de prescripciones técnicas particulares que rige el presente contrato. Como consecuencia de ello, no solamente se incumpliría el pliego de prescripciones técnicas, sino que se impediría el cumplimiento del objeto del contrato que comprende la comercialización del biogás mediante su inyección en la red gasista.

Mantiene Cespa, en su escrito de alegaciones que su oferta establece claramente que el gas de salida tendrá un contenido en oxígeno del 0,30%. Cualquier otra interpretación no se ajusta a la realidad de los hechos ni de la oferta. El gas de salida o producido depende del valor del oxígeno de entrada del biogás que ha de enriquecerse. En los pliegos, en concreto en el “Anexo 5. Calidades y balances de biogás” donde figuran los parámetros de calidad del biogás de entrada, se deduce que el contenido en oxígeno durante el periodo entre el 1/10/2013 a 22/10/2014, solo en dos días muestra un resultado superior a 0,12% O₂, siendo 0,13% y 0,16%, respectivamente, así que, dado que el biogás de entrada al proceso de tratamiento tiene una concentración inferior al 0,12%, se conseguirá un gas enriquecido con un valor de oxígeno inferior o igual a 0,3% O₂, tal y como exige la cláusula “11. Resultados garantizados por el licitador”. En la oferta presentada por CESPA se indica que sólo en el caso excepcional, según la información facilitada en los pliegos, de que el biogás de entrada al proceso de tratamiento tenga un contenido de oxígeno del 0,15%, valor indicado como contenido máximo en oxígeno en la cláusula “10.2. Producción y composición del biogás a tratar” el gas de salida tendrá un contenido de oxígeno del 0,37%. Si bien ello sólo ha sucedido un día en los últimos años.

Según informan los servicios técnicos de la Dirección General del Parque Tecnológico de Valdemingómez, con fecha 24 de junio de 2015: *“Es necesario precisar que ese valor de salida, en ese balance de masas, está referenciado a una calidad de biogás de entrada que se encuentra en los límites más restrictivos del biogás que producen actualmente las plantas de biometanización municipales y que CESPА mediante su balance considera limitante en el supuesto de concentración máxima de O₂ en el biogás.”*

En esta línea, en el apartado 1.3 del Plan de Explotación de la oferta adjudicataria, en el que se desarrolla el balance de biogás ofertado, se indica expresamente: *“para garantizar que el valor de O₂ del gas producido para la inyección de red gasista sea menor del 0,3 %, el valor de O₂ de entrada del biogás a enriquecer deberá ser menor o igual al 0,12 %. Para ello, con el fin de garantizar las especificaciones del biogás enriquecido, se controlará en continuo la concentración de O₂ del biogás de entrada procedente de las plantas de biometanización”.*

La representación gráfica que sucede a la manifestación, contempla que el contenido de O₂ del gas producido, será inferior o igual a 0,30%. En el apartado 7 del documento de síntesis aludido anteriormente, se contempla también esta misma representación gráfica.

Para concluir, en el citado informe de los servicios técnicos de la Dirección General del Parque Tecnológico de Valdemingómez, se manifiesta que *“su oferta económica es consecuente con la inyección y venta del volumen de biometano recogida en pliegos, por lo que se deduce que CESPА asume, como no podría ser de otro modo, que el biometano de salida ha de cumplir con la normativa PD-01 y, por consiguiente, no superar la concentración máxima marcada para el oxígeno en su composición de 0,3%”.* De haber existido dudas en tal sentido se hubiera solicitado aclaración de los términos de la oferta, en beneficio de los principios de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, consagrados en el artículo 1 TRLCSP.

En consecuencia, de la documentación referida y de los informes técnicos, por las consideraciones expuestas, se puede deducir que tras el proceso de lavado, el valor de O₂ del biogás producido por Cespa, no será superior a 0,30% y cumplirá las condiciones técnicas del PPT, por lo que procede desestimar este motivo de recurso.

Sexto.- En segundo lugar el recurso pretende la exclusión de la oferta presentada por Cespa, por haber condicionado su oferta.

El PPT establece en su cláusula “10.2. *Producción y composición del biogás a tratar*”, las características del biogás de entrada al proceso de tratamiento: contenido máximo en oxígeno (O₂) porcentaje en volumen 0,15. En el mismo se definen las especificaciones medias del biogás producido en la actualidad en las plantas de biometanización municipales.

Cespa indica en su oferta “*el biogás o gas producido, cumplirá con las especificaciones de calidad de gas introducido en el sistema gasista para el caso biogás, siempre y cuando se cumplan los requerimientos mencionados del gas de entrada, especialmente la concentración de O₂ ≤ a 0,12%*”.

Según la recurrente la oferta de Cespa condiciona el cumplimiento del objeto principal de la licitación a que el contenido de oxígeno en el biogás de entrada sea inferior al 0,12%, es decir exige para cumplir el contrato que el gas de entrada a la planta de tratamiento tiene que tener un volumen de oxígeno menor que el que el pliego determina como máximo (0,15%) con lo que pretende que se le provea de un gas en unas condiciones claramente más ventajosas y fuera de los parámetros del PPT. Esta condición supone un incumplimiento del PPT. La reiteración del condicionamiento no permite tenerlo por una incoherencia. Considera que la aceptación de la oferta ha conducido al órgano de contratación a una arbitrariedad

manifiesta con vulneración de los principios de la contratación pública, especialmente el de igualdad de trato.

Sobre este punto el órgano de contratación informa que los parámetros que se incluyen en la tabla son una referencia, por lo que en el mismo apartado se exige al operador el ajuste del proceso para que, con las limitaciones de calidad del biogás de salida y la calidad del biogás de entrada pueda cumplir con la energía mínima de inyección a la red recogida en el pliego.

Sobre este particular, se resolvieron varias de las consultas formuladas por los interesados en concurrir a la licitación, que fueron debidamente respondidas y cuyo compendio fue publicado en el perfil de contratante con carácter previo a la finalización del plazo de presentación de ofertas. Especialmente, resulta de interés por haber sido formulada por la adjudicataria, la siguiente *CONSULTA*:

“En el PPT en la página 8 apartado 6.1 indica textualmente:

(...) la planta de Tratamiento de Biogás cerrará, previa comunicación a la planta de biometanización correspondiente, la entrada de biogás cuando éste no cumpla los requisitos mínimos de calidad exigidos en cada momento en el contrato de explotación de las plantas de biometanización, que serán comunicados al explotador de la Planta de Tratamiento de Biogás por la Administración, actualmente son los que se recogen en la tabla siguiente:

(...)

Por tanto el contenido máximo en Oxígeno es de 0,15% se establece como valor máximo según las especificaciones técnicas del pliego. Según la tecnología instalada de PSA para el tratamiento de biogás, para garantizar que el valor de O₂ del gas producido para la inyección de red gasista sea menor de 0,3%, exigido en el PPT (se adjunta tabla), se debería partir de un valor de contenido de oxígeno menor o igual de 0,12%.

(...)

Por la importancia que tiene este condicionante se solicita aclaración o modificación de dicho límite para poder cumplir con los límites de inyección a la red gasista. Además, en el anexo 5 del PPT donde se incluyen las analíticas del biogás inyectado a la red gasista del periodo agosto 2013 a septiembre de 2014, el valor de la concentración de oxígeno en un registro de 338 medidas sólo 1 día supera el valor de 0,15 %, y sólo en 6 días se supera el valor de 0,10%. Valores que respaldan que el límite máximo de concentración de oxígeno del biogás de entrada podría ser menor o igual a 0,12%, valor máximo para poder cumplir con las especificaciones del biogás la red gasista 0,3 mol %.”

CONTESTACIÓN:

“No se precisa en la consulta el cálculo o base cuantificada por la que afirman que se debería partir de un valor de contenido de oxígeno menor o igual del 0,12% en el biogás de entrada. Se viene demostrando, y así lo reconoce en la propia consulta, que el biogás de entrada procedente de las plantas de biometanización es adecuado para su tratamiento en la Planta de Tratamiento de Biogás.

Además, la concentración de oxígeno en ese biogás de entrada viene siendo muy inferior al límite de pliego y no está prevista la modificación del mismo.”

Según informan los servicios técnicos de la Dirección General del Parque Tecnológico de Valdemingómez *“No cabe, pues, de ningún modo inferir, como estiman los recurrentes, que se formula un condicionamiento del pliego mediante la oferta, sino la simple manifestación de la preocupación del licitador por la calidad del biogás de entrada en cuanto a la riqueza de oxígeno del mismo; aunque de la serie de datos recogida en el anexo ‘calidades y balances de biogás’ del PPT, se desprende una media de riqueza en oxígeno en el biogás de entrada en la PTB inferior a 0,045%, muy inferior, por tanto, a los valores indicados”.*

Todo ello, porque como bien se manifiesta en el informe de criterios no valorables en cifras o porcentajes emitido por los servicios técnicos el 28 de abril de 2015, respecto a la calidad y coherencia de los balances de procesos de lavado

fuerte: *“Según la empresa el contenido en oxígeno máximo asociado a la tecnología PSA que debería entrar en la PTB para asegurar la calidad del biogás de salida es del 0,12% mientras que en las referencias del PPT para el biogás de las plantas de biometanización se establece 0,15%. No obstante el pliego establece que el proceso deberá ajustarse para cumplir los parámetros de calidad de salida del biogás”.*

Alega Cespa que si bien 0,15 es el valor máximo, el biogás que se recibe en la planta de tratamiento no tendrá normalmente éste valor de contenido en oxígeno. Este hecho se confirma con los valores reales de los parámetros de calidad del biogás de entrada que figuran en el “Anexo 5. Calidades y balances de biogás”, en los cuales, tal y como se menciona en el punto anterior, el % de oxígeno durante el periodo 1/10/2013 a 22/10/2014, solo en dos días muestra un resultado superior a 0,12%, siendo 0,13% y 0,16%, respectivamente, así que, dado que el biogás de entrada al proceso de tratamiento tiene una concentración inferior al 0,12% se conseguirá un gas enriquecido con un valor de oxígeno inferior o igual a 0,3%. Por otro lado, es importante remarcar que el valor de 0,12% de O₂ en el biogás de entrada, no es un valor condicionado por Cespa sino que es un valor establecido por la tecnología implantada en la PT de Valdemingómez. Cespa tan sólo describe o manifiesta su preocupación por la calidad del biogás de entrada en cuanto a la riqueza del oxígeno. La oferta de Cespa es clara y contundente, ya que de acuerdo con los valores reales recogidos en los pliegos y que se mencionan más arriba se cumplirán necesariamente las especificaciones de calidad, garantizándose el biogás de salida a la red, sin que pueda confundirse una valoración de la tecnología actualmente implantada con una condición de cumplimiento.

En consecuencia, la oferta de Cespa no debe ser excluida pues no ha establecido en la misma condición alguna, toda vez que con la misma se garantiza que la composición y caudal del biogás a inyectar en la red gasista, se ajusta a los requerimientos mínimos del pliego.

Séptimo.- Se alega que la oferta de Cespa debió ser excluida por contener incoherencias y errores en el estudio económico que justifica su proposición. Las empresas recurrentes insisten en este apartado en las mismas cuestiones ya tratadas en los apartados anteriores, si bien intentan, reflejar que aquellos invocados incumplimientos tienen unas repercusiones económicas que comportan una incoherencia respecto del Estudio Económico.

Analizamos a continuación las concretas incoherencias puestas de manifiesto:

1.- Un biogás depurado con un 0,37% de O₂, no podría ser comercializado, por lo que no se debería haber considerado ningún ingreso por ese concepto. Sin embargo, en el estudio económico presentado por Cespa, se ha considerado un ingreso de 30,76 euros por MWh de biogás inyectado a la red gasista pero con la calidad del gas de salida que Cespa propone en su oferta, tras ser tratado en la planta, su venta no resulta posible -no cumpliría con la calidad mínima exigida y no podría ser comercializado-, deberá ser quemado en la antorcha, por lo que el ingreso por este concepto de Cespa, debería ser “cero” euros ya que el biogás depurado no cumpliría con las exigencias mínimas de calidad para su inyección a la red gasista resultando de esta forma su proposición económica inviable.

Afirman los servicios técnicos de la Dirección General del Parque Tecnológico de Valdemingómez que *“Cespa no indica en su oferta que un biometano con una concentración de 0,37% de O₂ pueda ser comercializado, sino que aprecia que este factor sería limitante en un balance con una calidad ‘límite’ en el biogás de entrada. No procede, pues, sobreentender, como pretenden los recurrentes, que el biometano a inyectar en la red por Cespa no cumpla las características normativas del PD-O1, tal y como se ha expuesto.”*

Tal y como se ha apreciado en el fundamento de derecho quinto, el biogás depurado que se comercializará no contendrá un valor de 0,37% de O₂, sino que cumplirá con el requerimiento de un valor de oxígeno inferior o igual a 0,30%. La

conclusión es que ninguna incoherencia puede alegarse, así como tampoco existe error o inviabilidad en el Estudio Económico.

2.- Se alega en el recurso que en el estudio económico presentado por Cespa, se ha considerado un ingreso de 30,76 euros por MWh de biogás inyectado a la red gasista, valor que estaría muy por encima de los precios de mercado actuales. La consideración de este exagerado precio de mercado, supone para el Estudio Económico de Cespa, unos ingresos de más de dos millones de euros anuales pero con la calidad del gas de salida que Cespa propone en su oferta el ingreso por este concepto de Cespa, debería ser “cero”. Esta diferencia económica supone que no queda justificada la realidad de su oferta, resultando de esta forma su proposición económica inviable.

El informe del órgano de contratación al recurso señala que el ingreso unitario por venta de biogás considerado en el estudio económico coincide con el reflejado en los pliegos.

Respecto al importe del ingreso unitario por venta de biogás considerado en el estudio económico de Cespa, los servicios técnicos de la Dirección General del Parque Tecnológico de Valdemingómez, informan: *“Cespa, en su oferta económica, ha valorado unos ingresos unitarios por venta del biometano de 30,76 euros/MWh térmico. Este valor coincide con el reflejado en pliegos, que se corresponde con el resultado de la XI Subasta para la adquisición de Gas Base correspondiente al período comprendido entre el 1 de enero de 2015 y el 30 de junio de 2015, realizada conforme a la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas por la que se establecen las características para el desarrollo de la subasta para la adquisición de gas de base para la fijación de la tarifa de último recurso de gas natural para el período comprendido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2015. El valor no debe interpretarse como valor neto, pues también se consideran costes por la comercialización del biometano. Los valores, recogidos en el recurso de los precios de subasta en los expedientes de enajenación de biometano municipales,*

son, sin embargo, precios netos (incluyen costes y márgenes de beneficio) para cantidades de energía tasadas y de escaso volumen y en periodos ‘cortos’ de tiempo sin sistema de revisión de precios. Es decir, no pueden compararse con el precio de venta estimado en ingresos (cuyos costes y márgenes no se computan en ese apunte) en una oferta compleja para un largo periodo de tiempo y que dispone de un sistema de revisión de precios anual.”

A la vista de los dos argumentos expuestos los ingresos por comercialización de biogás considerados en el estudio económico de la adjudicataria, responden plenamente a lo ofertado por la misma.

3.- Según las recurrentes las contradicciones de los Balances de Masas se trasladan también al Estudio Económico presentado por Cespa, que refleja los valores de éstos. Los cálculos de consumo energético están realizados (según la tabla incluida en la página 13 del *“Tomo 1 Plan de Explotación”* contenido en la oferta de Cespa), para un total de 6.270 horas/año de funcionamiento, lo que supone un incumplimiento por Cespa, pues lo establecido por el PCAP, acerca de una disponibilidad mínima de 7.640 horas/año no se alcanza por la adjudicataria. Si analizamos los Balances de Masas, las incoherencias sobre la disponibilidad se hacen aún mayores, ya que recogen otro valor diferente (que aún menos cumpliría con el mínimo solicitado), de 5.700 horas anuales para este apartado.

Respecto al alegado incumplimiento defienden los servicios técnicos de la Dirección General del Parque Tecnológico de Valdemingómez, que la tabla de biogás de entrada reproducida en el texto del recurso, *“Refleja una disponibilidad deducida de 5.700 horas anuales, esto es, no restringe la disponibilidad mínima del sistema de lavado de la planta marcado por el pliego, sino que se deriva de las necesidades mínimas de horas de lavado para cumplir con los requisitos mínimos de caudal entrante a lavado marcado en pliegos. Es decir, 5.700 horas serían las mínimas necesarias para someter a lavado el caudal garantizado de 11.400.801 Nm³/año con un caudal de lavado de 2.000 Nm³/h. No por ello debe entenderse que*

la planta no funcione las horas marcadas por su disponibilidad mínima, sino que el volumen de lavado superaría el caudal mínimo garantizado con ese nivel de funcionamiento (2.000 Nm³/h).” Tal argumentación, ya se contempló en el informe de valoración de los criterios no valorables en cifras o porcentajes, de fecha 28 de abril de 2015, en el que se consideró que “dado el modelo óptimo de explotación que se adjunta con los pliegos, establece que la planta puede tratar un caudal de entrada de 2.000 Nm³ de biogás, que el biogás mínimo garantizado se inyectaría en el tiempo establecido en la oferta sin que ello signifique que vaya a pararse la planta pudiendo seguir inyectando biogás en la red”.

Por tanto, la disponibilidad contemplada en el cuadro reflejado en el recurso, no restringe la disponibilidad mínima del sistema de lavado exigida en el PPT.

En relación con este asunto alega Cespa que respecto a las horas de funcionamiento, la oferta presentada garantiza en las páginas 2-3, que la planta de tratamiento de biogás estará preparada para conseguir la disponibilidad mínima del 87,21%, es decir 7.640 h/año, e incluye todas aquellas acciones necesarias para conseguir la disponibilidad que indica el Pliego. Cuestión diferente es que si la planta de enriquecimiento no recibe el biogás suficiente la planta funcionaría menos horas o, dicho de otro modo, las horas requeridas para prestar correctamente el servicio. En concreto, las horas de funcionamiento indicadas en el balance de 5.700 han sido obtenidas como la división entre el caudal garantizado y la capacidad nominal de la planta (horas mínimas necesarias), sin perjuicio de que como ya hemos indicado la oferta establece en sus páginas 2-3, que la planta de tratamiento de biogás estará preparada para conseguir la disponibilidad mínima del 87,21%, es decir 7.640 h/año.

Así pues, debe desestimarse el motivo de recurso de que no se alcanza la disponibilidad mínima, puesto que las horas indicadas están supeditadas al biogás que se reciba en la PTB, pero la planta estará preparada para conseguir la disponibilidad del 87,21%.

4.- En la elaboración de su Plan Económico Financiero, Cespa ha utilizado valores de revisión para los ingresos que incumplen las fórmulas de revisión establecidas por el PCAP en su cláusula 11, referida a la *Revisión de precios* que, para el caso de los cánones, determina su revisión mediante sendas fórmulas dependientes del Índice de Precios Industriales, (IPI) y del precio de adquisición del gas natural (E). Por el contrario, la oferta de Cespa, utiliza en su lugar el IPC. En consecuencia, todo el Estudio Económico presentado por Cespa no resulta viable ni justificativo de su proposición económica, pues ha venido utilizando parámetros distintos a los establecidos en los pliegos para su cálculo, incurriendo también en graves errores en su ejecución que lo hacen completamente inviable.

Según el informe del órgano de contratación es importante aclarar que la revisión de precios no afecta a los cánones ofertados al Ayuntamiento de Madrid, sólo se utiliza para la estimación de los futuros ingresos a lo largo del contrato, que forman parte del riesgo y ventura del contratista. El contrato se adjudica por los cánones ofertados para el primer año, siendo el estudio económico un documento informativo y justificativo para el conjunto del contrato basado en estimaciones asumidas por el contratista.

A mayor abundamiento, en el apartado 4 de la memoria económica del contrato de fecha 25 de marzo de 2015, justificativa del precio del mismo se afirma que *“en la evolución de los costes ligados al contrato y de los precios por venta de la energía, se ha tomado como hipótesis un aumento del 2% anual de dichos costes y precios”*.

Por último, y para desvirtuar el alegado incumplimiento de las fórmulas de revisión de precios, los servicios técnicos de la Dirección General del Parque Tecnológico de Valdemingómez manifiestan: *“En el recurso se da a entender que son una misma cosa el sistema de revisión de precios para los cánones del contrato recogido en el PCAP, y la previsión del licitador, en su plan económico financiero. Es obvio que se trata de dos conceptos distintos; uno es el sistema de revisión de*

precios habilitado en pliegos y otro la previsión a futuro de la empresa licitadora para la que es absolutamente libre y responsable. En todo caso entendemos que no son recurribles por un tercero las expectativas económicas y previsiones de un licitante que actúa libremente, máxime en un concurso de gestión de servicio público como el presente, y en el marco de la cláusula 12 'Riesgo y ventura' del PCAP, según la cual la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, según lo dispuesto en el artículo 215 del TRLCSP".

Considera el Tribunal que el estudio económico ha de contemplar los gastos reales derivados de la ejecución del contrato, es decir el canon a pagar y su revisión de precios. Cespa, efectivamente no ha tenido en cuenta los índices de revisión previstos en el PCAP sino el IPC. No obstante, no se puede atribuir como consecuencia inevitable la inviabilidad de la oferta. Existe un error en el índice referenciado pero hay que tener en cuenta que su posible importe no deja de ser una hipótesis de futuro cuya cuantía ha de determinarse pero sí ha sido tenido en cuenta, cometiendo el error en su denominación. Las posibles desviaciones en el índice aplicado respecto del índice previsto en el PCAP pueden incluirse dentro del concepto de riesgo y ventura al igual que lo sería la posible diferencia en la evolución del índice marcado en el PCAP que se hubiera tenido en cuenta y el que realmente se produzca.

Cabe concluir que el estudio económico presentado por Cespa no comporta errores ni incumplimientos de los pliegos, tal y como se ha puesto de manifiesto en el análisis precedente. Por tanto, el estudio económico justifica la proposición económica de la adjudicataria en términos y con parámetros que no necesariamente la hacen inviable.

Octavo.- Como último motivo de recurso se invocan incoherencias internas contenidas en la oferta de Cespa, no apreciadas en el informe de valoración.

1.- El propio informe de valoración técnica del Ayuntamiento al analizar la oferta presentada por Cespa, establece y recoge que los balances de masas (que es el fundamento en el que debe basarse toda la oferta técnica y económica) resultan incoherentes; así se recoge concretamente: *“En consecuencia, se considera que los balances no son coherentes con el Plan de Explotación acorde con pliegos y se valora con los puntos”*.

Según las recurrentes el Informe de valoración de las Ofertas, valora con “0” puntos la oferta presentada por Cespa, cuando la realidad es que, ante un incumplimiento de los balances respecto de lo exigido por los pliegos, debería haber supuesto la exclusión automática de la oferta de Cespa, ya que, la viabilidad de toda la oferta está basada en dichos balances.

Entre los criterios de adjudicación establecidos en el apartado 18 del anexo I del PCAP que rige la presente contratación, se encuentra el 1.1.2 calidad y Coherencia de los balances de procesos de lavado fuerte. Dicho criterio, se subdivide a su vez en dos subcriterios:

“1.1.2.1 Mejora de la calidad del proceso de lavado fuerte.

1.1.2.2 Coherencia de los balances de procesos con el modelo de explotación y con el resto de criterios no valorables en cifras o porcentajes, según el siguiente criterio:

- Balances coherentes entre sí y con el resto del plan de explotación:
4 puntos.*
- Balances no coherentes entre sí o con el resto del plan de explotación:
0 puntos.”*

Es decir, que el pliego ha optado por valorar con 0 puntos la incoherencia de los balances y no, a sensu contrario, por considerarla como una causa de exclusión de la oferta.

Pues bien, aplicando estrictamente este criterio, se asignaron a Cespa 0 puntos en su valoración, porque considera que los balances no eran coherentes con el Plan de Explotación acorde con pliegos, consecuencia expresamente prevista en dicho subcriterio de valoración.

2.- Según afirman las recurrentes existen numerosas incongruencias en la oferta de Cespa, en el número de horas de disponibilidad de la instalación -planta de tratamiento-, recogándose valores de 6.270 horas/año (para el cálculo de los consumos eléctricos) y de 5.700 horas/año (para los balances de masas). Ninguno de los dos valores alcanza el mínimo de disponibilidad exigida por los pliegos fijada en un mínimo ≥ 7.640 horas/año).

El informe de 24 de junio de 2015, de los servicios técnicos de la Dirección General del Parque Tecnológico de Valdemingómez señala que *“Las supuestas discrepancias con las disponibilidades mínimas de la planta recogidas en pliegos no son tales. Si bien es cierto que en el cálculo de consumos eléctricos figuran 6.270 horas, frente a la disponibilidad reflejada en pliego de 7.640 horas, también es cierto que se estiman esas 6.270 horas para un consumo total de 9.626.595,71 Kwh anuales, consumo que más que duplica el consumo orientativo recogido en pliegos”*.

3.- El informe de valoración técnica de las ofertas realizado por los técnicos municipales, afirma que la oferta de Cespa presenta una mejora en el suministro de agua industrial, que se traduce en una reducción de necesidades respecto del pliego. Sin embargo, la realidad es que el hecho de que Cespa indique que solo consumirá 1.674 m³/año de agua para tratamiento de aire, no significa ni implica que, técnicamente, ello resulte posible. De hecho, para neutralizar el H₂S de la etapa Stripping, se requiere una mayor cantidad de agua limpia para asegurar la conductividad en la solución de neutralización. Cespa parece justificar esa reducción del consumo de agua industrial, por medio de las mejoras que propone en el proceso del pretratamiento del biogás de entrada cuya validez técnica cuestiona el recurso.

El informe de 24 de junio de 2015 de los servicios técnicos de la Dirección General del Parque Tecnológico de Valdemingómez indica que *“En el apartado 1.1.3 ‘Gestión de las necesidades de consumibles, suministros y de rechazos y residuos, de los procesos de la planta’ se puntuó con 3 puntos siendo la escala:*

- Mejora muy buena: 8 puntos.*
- Mejora buena: 6 puntos.*
- Mejora media: 3 puntos.*
- No mejora: 0 puntos.*

La oferta de Cespa presentaba diversas mejoras respecto de pliegos, no exclusivamente el agua industrial, sino también en los valores de efluente depurado permeado y efluente concentrado de depuración. Por el contrario la oferta competidora y recurrente presentaba valores de efluentes peores que los recogidos en pliegos. Por ello y dado que en este apartado se explicitaba en el PCAP ‘se valorará globalmente, la gestión ofertada para los consumibles, suministros y de rechazos y residuos’, se valoró que la oferta de Cespa presentaba cierta mejora respecto a pliegos, en su tramo inferior (3 puntos), en tanto que la oferta de la UTE no presentaba mejora, puesto que en algunos aspectos la oferta empeoraba los datos de referencia de pliegos.”

Con respecto a las inconsistencias contenidas en la oferta de la adjudicataria Cespa, cabe recordar que el artículo 84 del RGLCSP establece que *“si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa en resolución motivada. Por el contrario, el cambio y omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o lo otro no altere su sentido no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.*

Lo esencial es que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los documentos de licitación. De ese modo, cuando una oferta es ambigua y la entidad adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo rápido y eficaz, a qué corresponde efectivamente, no tiene otra elección que rechazarla (sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. 11-3781, apartado 34).

Como recoge la Resolución 57/2014, de 2 de abril, de este Tribunal *“con carácter general cuando las ofertas económicas contengan algún tipo de error deberán ser rechazadas, correspondiendo al Órgano de Contratación delimitar el alcance del error, y su calificación como subsanable o no teniendo en cuenta los documentos propios de la oferta o las aclaraciones que puedan realizar los licitadores”*.

La finalidad de los documentos de la oferta es verificar la coherencia de las ofertas presentadas por los licitadores, de modo que el órgano de contratación pueda comprobar que los valores ofertados se reflejan correctamente en la documentación técnica que acompaña a la oferta, por lo tanto depende del contenido del error o incoherencia y de la ponderación de su importancia la consecuencia de aceptación o no de la oferta a fin de seleccionar la económicamente más ventajosa o la consideración de la misma como inconsistente.

Este Tribunal y los restantes órganos encargados de la resolución del recurso especial vienen aceptando que no cabe la subsanación de la oferta técnica pero en caso de que la misma ofrezca alguna duda podrán solicitarse aclaraciones que no supongan modificación de la misma.

Es cierto que es el propio informe de valoración el que recoge o pone de manifiesto la existencia de errores, pero el mismo informe concluye que *“Ambas*

ofertas cumplen con los mínimos exigidos en los pliegos, tanto en la presentación de la documentación pertinente, como en el contenido de la misma, habiéndose detectado diversas incoherencias en las ofertas, estas no suponen causa de exclusión circunscribiéndose a incoherencias, errores tipográficos u omisiones, que no invalidan los requisitos mínimos recogidos en los pliegos ni su prevalencia". Es decir, no se trata de defectos que han pasado inadvertidos, sino que los propios técnicos valoradores los han tenido en cuenta a efectos de realizar la valoración y han ponderado su importancia o el valor de las discrepancias a efectos de considerar inconsistente la oferta. Este análisis solo cabe valorarlo de forma positiva pues eso demuestra el rigor en el examen realizado y la adopción de una decisión bien fundada.

Las ofertas presentadas por los dos licitadores, adolecían de algunas incoherencias o errores que se han hecho constar en el informe técnico, pero ninguna de ellas de la entidad suficiente para considerarlas incumplimientos que motivaran la exclusión.

Noveno.- Finalmente cabe analizar los reproches de arbitrariedad vertidos sobre el informe de valoración técnica.

Consideran las recurrentes que el informe de valoración de las ofertas ha sido efectuado con evidentes errores, arbitrariedad y en beneficio de la oferta presentada por Cespa, que con los errores e incoherencias que contiene, sumadas al cúmulo de incumplimientos, -algunos de ellos de especial relevancia e importancia-, debería haber sido excluida del proceso de licitación por varios y diversos, sin que el referido informe, de manera incomprensible los haya apreciado, en un claro ejercicio de arbitrariedad y ausencia de aplicación del principio de igualdad de trato a los licitadores. Considera que los errores y arbitrariedades producidos en la valoración de las ofertas desvirtúan la discrecionalidad técnica de la administración. Considera patente que los técnicos municipales encargados de la valoración de las ofertas han actuado con clamorosa arbitrariedad a la hora de su valoración por lo que considera

que el Tribunal es competente para apreciar dichos errores y decretar que el contenido de los pliegos debe aplicarse en igualdad de condiciones a todos los licitadores impidiendo la omisión de la aplicación de algunos de sus requerimientos o aplicación de las consecuencias señaladas en los pliegos para los mismos.

El Tribunal aprecia que el informe de valoración se encuentra debidamente motivado si bien contiene una serie de juicios de valor que se enmarcan en la discrecionalidad o juicios técnicos previamente explicados que responden a las necesidades a satisfacer con el contrato y sus condicionamientos técnicos.

El Tribunal no aprecia, ni las recurrentes han acreditado, arbitrariedad ni desviación de poder en la valoración técnica, pues comprueba que existe un informe que requiere de especiales conocimientos técnicos que se encuentra debidamente motivado con justificación del criterio adoptado, coincidiendo con la jurisprudencia que señala que las cuestiones vinculadas a la discrecionalidad técnica cuando se valoran cuestiones de esta índole, en las que no cabe entrar sino en tanto en cuanto esa valoración adolezca de una defectuosa motivación o de una manifiesta infracción del ordenamiento. Tampoco se acredita más allá de su invocación vulneración del principio de igualdad.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 especial, interpuesto por don P.P.S.; don G.A.S. y don R.P.V., en nombre y representación, respectivamente, de las empresas Valoriza

Servicios Medioambientales, S.A. - Urbaser, S.A. - Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., contra la adjudicación del contrato de “Explotación de una planta de tratamiento de biogás de biometanización para gestión de calidad y caudales, tratamiento del biogás, valorización y comercialización del mismo en el Parque Tecnológico de Valdemingomez”, expediente : 131/2015/00057-PTV.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 26 de junio.

Cuarto.- 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 del TRLCSP.