

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

En Madrid, a 13 de julio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.C.G., en nombre y representación de Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A., CESPAS, contra el Acuerdo en Pleno del Ayuntamiento de Colmenarejo de fecha 30 de mayo de 2016, por la que se adjudica el contrato de “Gestión del Servicio Público de punto Limpio, Recogida de Residuos Sólidos Urbanos de podas y enseres y de limpieza viaria de Colmenarejo”, expte. 1020/2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 9, 11 y 22 de mayo de 2015, se publicó respectivamente en el DOUE, BOE y BOCM, la convocatoria para la licitación del contrato calificado de gestión de servicios públicos, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios y un valor estimado de 4.649.784,70 euros. No consta en el anuncio la existencia de gastos de primer establecimiento, siendo la duración prevista del contrato de 96 meses.

Interesa destacar a efectos del presente recurso que, de acuerdo con el Pliego

de Cláusulas Administrativas PCAP (cláusula 11), dentro de los criterios evaluables automáticamente mediante la aplicación de fórmulas, se distingue entre la oferta económica (hasta 40 puntos) y las mejoras económicas ofertadas, expresadas en euros/año de contrato (hasta 15 puntos). Dichas mejoras según el PCAP consisten en cantidades económicas que cada licitador expresará en euros/año del contrato y que tras la oportuna valoración de los Servicios municipales, de acuerdo con la base de precios CENTRO en vigor, el adjudicatario deberá destinar exclusivamente a realizar estas actuaciones que tengan encaje en alguno de los epígrafes que relaciona a continuación, indicando la cuantía máxima a ofertar por mejora en cada uno de ellos. Así por ejemplo para el concepto *“suministro e instalación de contenedores y papeleras de cualquier tipo, hasta 5.000 euros/año, hasta 4 puntos”*.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 10 empresas entre ellas la recurrente.

Con fecha 25 de abril la Mesa de contratación propuso la adjudicación del contrato a favor de la empresa URBASER al ser su oferta la económicamente más ventajosa.

Con fecha 30 de mayo de 2016, y una vez recibida, en tiempo y forma, toda la documentación requerida a la empresa propuesta como adjudicataria, el pleno del Ayuntamiento acuerda adjudicar el contrato a la empresa Urbaser, S.A, notificándose a todas las empresas licitadoras, dicho Acuerdo el 7 de junio de 2016. En las indicadas notificaciones consta que contra la adjudicación cabe interponer potestativamente recurso de reposición o contencioso administrativo.

Tercero.- Con fecha 27 de junio de 2016, se interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación, que ese mismo día lo remitió al órgano de contratación requiriéndole para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 del texto refundido de la ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

(TRLCSPP), remitieran el expediente administrativo y el informe a que se refiere el mismo artículo.

En el recurso se alega que todas las empresas han incumplido las previsiones del PCAP en relación con la forma de ofertar las mejoras, (ofreciendo mejoras sin cuantificarlas económicamente), deberían haber sido sancionados con la no valoración de ninguna de las mejoras ofertadas. *“Ello sin perjuicio de que este Tribunal pueda considerar que en tanto que estamos ante un incumplimiento flagrante de las previsiones del PCAP, la sanción procedente es la exclusión”*. Así mismo afirma que se ha producido arbitrariedad y falta de motivación en la valoración asignada en los criterios de valoración subjetiva.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSPP el 1 de julio de 2016, en el que se afirma la corrección de la decisión de exclusión de la oferta de la recurrente en los términos que veremos más adelante, de acuerdo con las conclusiones de un informe de la empresa Consultorías Técnicas Ambientales, adjudicataria del contrato menor para la evaluación de la documentación contenida en el sobre C, documentación ponderable a través de juicios de valor y de la documentación contenida en el sobre B, proposición económica y de la documentación cuantificable de forma automática, firmado en febrero de 2016.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSPP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Transcurrido el plazo se ha recibido escrito de alegaciones de las licitadoras FCC, Recolte y Urbaser, S.A., el día 8 de julio.

Alega Urbaser, adjudicataria del contrato, la inadmisibilidad del mismo al

tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos cuya calificación no fue impugnada al no recurrirse los pliegos, por lo que el recurso presentado además sería extemporáneo, no siendo tampoco competente este Tribunal para resolverlo a su juicio. Considera además que aun de no ser correcta la calificación del contrato, dado el efecto directo de la Directiva de Concesiones, el umbral para la procedencia del recurso especial se fija a partir de 5.186.000 euros, por encima de los 4.649.784,70 euros de valor estimado del contrato. Además opone la falta de legitimación activa de la recurrente en tanto en cuanto según aduce una eventual estimación de sus pretensiones no modificaría el orden clasificatorio atendiendo a la diferencia de puntos entre la recurrente y la adjudicataria (4,67 puntos). Respecto de las cuestiones de fondo, defiende la actuación del órgano de contratación bajo la premisa de la discrecionalidad técnica que le es dada y que según explica implica que no cabe sustituir el juicio técnico del órgano de contratación por el de este Tribunal.

FCC por su parte solicita que se desestime el recurso por lo que se refiere a la valoración de las mejoras propuestas, aduciendo que en su oferta sí que se contenía dicha valoración, si bien solicita asimismo que se estime el recurso por lo que a la valoración de los criterios subjetivos se refiere, por considerarla arbitraria al igual que la recurrente.

Por último Recolte solicita la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento puesto que según afirma las ofertas económicas no fueron abiertas en el acto público del día 22 de abril sino que se habían abierto previamente el día 15 de marzo de 2016, circunstancia que puso en conocimiento del órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Debe examinarse en primer lugar la procedencia del recurso especial, en función del tipo contractual, de la que depende así mismo la apreciación del plazo para su interposición.

Como hemos indicado en el expositivo de los hechos del presente contrato, el mismo está calificado como contrato gestión de servicios públicos, con un plazo de duración de 96 meses (8 años) y sin previsión expresa de gastos de primer establecimiento, por lo que prima facie no sería susceptible de recurso al no superar los umbrales establecidos en el artículo 40.1.c) TRLCSP para este tipo contractual.

No obstante, los órganos encargados de la resolución del recurso especial de forma coordinada vienen examinando el régimen jurídico de los contratos objeto de recurso a los solos efectos de determinar su competencia, sin alteración del régimen jurídico del contrato fijado en los pliegos, aunque se haya determinado incorrectamente por el órgano de contratación y aunque los mismos no hayan sido impugnados, con el objeto de garantizar el efecto útil del recurso especial en materia de contratación. El hecho de que la recurrente haya concurrido a la licitación - vinculada obviamente por los pliegos- invocada por Urbaser, carece de eficacia alguna respecto de la calificación jurídica del contrato, puesto que como ya decíamos en la Resolución 203/2014, de 26 de noviembre, *“La circunstancia de que, para evitar la pérdida del efecto útil del recurso, y que a través de la clasificación incorrecta de un contrato se pueda obviar el control por parte de los órganos encargados del recurso especial, estos órganos revisen en sus resoluciones dicha calificación, no afecta a todo el régimen jurídico del contrato, sino que solo tiene eficacia de cara a la apreciación como cuestión de orden público de la propia competencia del Tribunal (...), como así se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones (vid. Resoluciones 48/2014, de 19 de marzo y 60/2014 de 2 de abril), así como en la Memoria de este Tribunal correspondiente al año 2013 publicada en su página web”.*

Considerar que por la indebida calificación del contrato este quede excluido de la posibilidad de recurso especial, podría constituir una infracción del derecho a un recurso útil y eficaz previsto en la Directiva 89/665/CEE, modificada por la 2007/66/CEE, de 11 de diciembre de 2007, de cuya transposición se deriva el recurso especial en materia de contratación.

De acuerdo con la normativa vigente en materia de contratación la gestión de un servicio público (teniendo en cuenta que la convocatoria del contrato es anterior a la conclusión del plazo de transposición de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en adelante Directiva de Concesiones) puede configurarse tanto mediante el contrato de gestión de servicio público definido en el artículo 8 del TRLCSP en las modalidades previstas en el artículo 277, cuando existe riesgo en la gestión y ésta es asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente definida la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio.

Como ha señalado este Tribunal en múltiples ocasiones, el examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos, ha de realizarse a la luz de la Directiva 2004/18/CE, en trasposición de la cual se dicta la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Así se indica en la Sentencia del TJUE, de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08 Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros, *“La cuestión de si una operación debe calificarse o no de «concesión de servicios» o de «contrato público de servicios» ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (véase en particular la sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. p. I-6657, apartado 31)”*.

Las ideas fundamentales a través de las cuales el Tribunal de Justicia ha configurado la concesión de servicios, se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario tal y como se desprende del concepto recogido en el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE y en la nueva Directiva 2014/23/UE, que *“positiviza”* los conceptos manejados por el TJUE, y

que no pueden desconocerse a efectos interpretativos (STJUE, 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09 Privater Rettungsdienst, STJUE, de 10 de septiembre de 2009, Asunto Wasser)

Desde esta perspectiva el artículo 5.1 b) de la Directiva 23/2014, en términos semejantes al artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, define la concesión de servicios como un contrato en virtud del cual se confía la prestación y la gestión de servicios distintos de la concesión de obra pública cuya contrapartida consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un pago. Añade a continuación, recogiendo la doctrina jurisprudencial del TJUE que *“la adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.”*

Este Tribunal ha tenido la ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre los contratos de recogida de residuos o de limpieza municipales, (ver por ejemplo las Resoluciones 32, 139 o 203/2014) que con carácter general deben ser calificados como contratos de servicios, al no darse usualmente en ellos la nota de asunción del riesgo antes indicada.

En este caso en concreto la cláusula sexta del PCAP establece un sistema de precios variables en función de la calidad y eficiencia del servicio, si bien dicho sistema no es suficiente para considerar que se ha producido la traslación del riesgo del negocio al adjudicatario, en tanto en cuanto la cláusula vigésimo tercera del

PCAP, señala que el pago del precio al contratista se efectuará contra la emisión de la correspondiente factura a razón de doce pagos por año natural ponderado en cada caso en función del cumplimiento de los índices de calidad previstos en la cláusula sexta, si bien el porcentaje máximo de detracción por este concepto no podrá exceder del 5%.

De acuerdo con lo anterior el contrato debe ser calificado de servicios por lo que 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, en principio corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso, sin perjuicio del examen del resto de las cuestiones procedimentales que veremos a continuación.

Segundo.- Asimismo se discute la legitimación activa de la recurrente para interponer el presente recurso por la adjudicataria por considerar que la misma en ningún caso podría obtener una ventaja de la estimación del recurso, puesto que dada la diferencia de puntuación, no podría obtener la adjudicación del contrato puesto que no es posible valorar de nuevo los criterios sujetos a juicio de valor, al haberse abierto la oferta económica, ni poder obtener, en el caso de no valorarse las mejoras, más que una reducción de 2 puntos en la valoración de Urbaser que no le alcanza para ser adjudicataria.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*

Este Tribunal viene considerando que esta circunstancia se produce siempre que la recurrente licitadora pudiera obtener la adjudicación del contrato o lograr otro efecto que le permitiera en su caso volver a licitar como la declaración de desierto del

contrato.

En este caso se solicita en el recurso la no valoración de las mejoras de FCC, Audeca, Recolte, Seralia, Urbaser y Seula, que como aduce la adjudicataria Urbaser no permitiría a la recurrente acceder a la adjudicación del contrato puesto que solo restaría 2 puntos a la oferta de Urbaser que únicamente no habría recogido el valor del punto limpio, siendo así que la diferencia de puntos entre ambas ofertas asciende a 4,67 puntos. Así, de considerarse solo este motivo de recurso la recurrente carecería de legitimación activa, pero lo cierto es que el recurso se dirige también contra la valoración de los criterios susceptibles de juicio de valor. En relación con este motivo de recurso la adjudicataria considera que no es posible retrotraer el procedimiento al haberse abierto la oferta económica, lo que no implica la imposibilidad de estimar el recurso, sino que el efecto eventual de la misma sería la nulidad de todo el procedimiento.

Debe por tanto reconocerse legitimación activa a la recurrente. Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al acto objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de gestión de servicio público que debió haber sido considerado como de servicios, que podría encuadrarse en la categoría 16 atendiendo a los códigos CVP asignados (90511100, 90511200, 90511300 y 9061000) con un valor estimado de más de 209.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.c) del TRLCSP.

No cabe asumir la invocación de URBASER en su escrito de alegaciones respecto a la aplicabilidad del umbral de 5.186.000 euros de la Directiva de concesiones, puesto que es requisito imprescindible para invocar el efecto directo de las directivas es el del transcurso del plazo de transposición (18 de abril de 2016) en el momento de publicarse la convocatoria del contrato, que en este caso se produjo casi un año antes de concluir dicho plazo (mayo de 2015). Por otro lado aun de

considerar a efectos dialécticos la posibilidad de aplicar los umbrales de forma autónoma al resto del régimen del contrato, operaría en este caso la prohibición del efecto directo vertical descendente, que encuentra su fundamento en “*evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión*” (STJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto C-425/12, Portugás).

Cuarto.- Especial examen merece el requisito procesal del plazo para la interposición del recurso, ya que la adjudicataria del contrato en trámite de alegaciones aduce la extemporaneidad del recurso. El Acuerdo impugnado fue notificado el 7 de junio de 2016, a todos los licitadores y el recurso especial se interpuso el 27 de junio, por tanto, *prima facie* fuera del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, a pesar de que en el propio recurso se indica que el mismo se presenta dentro del plazo de 15 días hábiles indicado.

Sin embargo en este caso consta en la notificación de la adjudicación, de forma congruente con la calificación del contrato como gestión de servicios públicos sin gastos de primer establecimiento, que contra la adjudicación cabe interponer potestativamente recurso de reposición o contencioso administrativo.

El TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44, que “*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 (...)*”, precepto que a su vez se refiere al contenido de la notificación de adjudicación de los contratos.

Por su parte el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPER) señala en su apartado 5 “*Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos*

en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo. Este precepto será de aplicación aunque el acto o resolución impugnados carecieran de la motivación requerida de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en el artículo 151.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Como consecuencia de ello, aunque el texto de la resolución no sea completo no se considerará defectuosa y se tendrá por producida, sin perjuicio de que el recurso pueda ser fundado en esta circunstancia.

Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso”.

Según el artículo 44 del TRLCSP los 15 días hábiles se contarán, a partir del día siguiente a aquel en que se ha tenido conocimiento de la posible infracción. Por ello reviste especial importancia que la notificación se realice en condiciones de permitir un recurso con esas características y el TRLCSP ha recogido, en el artículo 151.4, el contenido mínimo para considerarla suficiente y el artículo 19 del RPER establece que el plazo de interposición del recurso, cumpliendo los requisitos del artículo 58 de la LRJ-PAC, se aplica aunque la motivación sea insuficiente o careciera de la motivación requerida y solo las notificaciones que contravienen los requisitos del citado artículo 58.2 el plazo se iniciará desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso.

El TJUE considera que el plazo suspensivo de la perfección del contrato cuando cabe recurso contra los contratos sujetos a regulación armonizada debe facilitar el tiempo suficiente para que los licitadores afectados puedan examinar la decisión de adjudicación y valorar si es procedente el recurso (Sentencia del TJUE,

de 9 de septiembre de 2010, asunto T-387/08, Evropaïki Dynamiki-Proigmena) y asimismo reconoce su carácter preclusivo. La posibilidad de interponer recurso después de transcurrido el plazo de interposición supone admitir que los órganos de contratación no conocerán si se ha presentado recurso durante el plazo suspensivo de la formalización. Por tanto, podrían llegar a la perfección del contrato sin tener la información suficiente para valorar la permanencia o levantamiento de la suspensión automática. Para el recurrente implicaría la posibilidad de formular recurso una vez transcurrido el plazo suspensivo, es decir sin las garantías de las medidas *“provisionales que avalen una resolución eficaz”*.

De ello resulta que el objetivo de garantizar la existencia de recursos eficaces contra la infracción de las disposiciones aplicables en materia de adjudicación de contratos públicos sólo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos no comienzan a correr antes de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Universale-Bau*, dictada en el asunto C-470/99, apartado 78 y sentencia de 28 de enero de 2010, en el asunto *Uniplex*, C-406/08, apartado 32 y la STJUE, de 8 de mayo de 2014, dictada en el asunto C-161/13).

El contenido o la forma de practicarse la notificación pueden convertirse en defectuosos cuando hayan causado perjuicio a la defensa del interesado y hayan limitado el adecuado ejercicio de sus derechos o le haya producido indefensión pues no cumple la función instrumental propia de la notificación. En este caso la notificación no cumple con los requisitos del artículo 58 de la LRJ-PAC, en cuanto al régimen de recursos a interponer, por lo que de conformidad con el artículo 19.5 del REPER no cabe sino considerar como *dies a quo* del plazo de interposición aquel en que pueda presumirse que la recurrente ha conocido el contenido del acto a recurrir y el régimen de recursos que procede, que necesariamente coincide con el de la propia interposición del recurso, si bien siempre dentro del plazo de un mes indicado en la Resolución que contiene el pie de recurso cuestionado.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, son dos las cuestiones hechas valer por la recurrente, de un lado el incumplimiento de las previsiones del PCAP en relación con la forma de ofertar las mejoras, (ofreciendo mejoras sin cuantificarlas económicamente) y de otro, la a su juicio arbitraria valoración de los criterios susceptibles de juicio de valor. Asimismo cabe considerar las distintas cuestiones planteadas por las interesadas que han comparecido al trámite de alegaciones.

Señala la recurrente que de los siete aspectos valorables como mejoras, los conceptos *“Vehículo inspección (2 puntos)”* y *“Adquisición Punto Limpio Móvil (2 puntos)”*, no son ofertados en forma de precio o de valor económico por las licitadoras FCC, Audeca, Seula, Recolte, Seralia y Urbaser, por lo que dichas mejoras no deben ser tenidas en cuenta.

Se reconoce en el informe aportado por el órgano de contratación que según el PCAP las mejoras económicas ofertadas deben expresarse en euros/año de contrato, aunque en los epígrafes detallados existen dos mejoras que no precisan cuantificación económica, resultando su valoración la mera aportación o no de dicha mejora, que son el vehículo de inspección y control, hasta 2 puntos y la adquisición explotación y mantenimiento de un punto limpio móvil, hasta 2 puntos. *“En virtud de lo anterior, se entiende, que los licitadores FCC, AUDECA, RECOLTE, SERALIA, URBASER y SEULA no han incumplido lo exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares dado que los dos epígrafes/mejoras ofertadas NO han sido descritas en el citado Pliego en función de una cuantía económica, sino que su puntuación se vincula exclusivamente a la aportación o no del servicio o mejora. El presente Ayuntamiento de Colmenarejo hubiese incurrido en un error de arbitrariedad al haber valorado con una mayor puntuación a los mencionados licitadores al no contar con un criterio de valoración en base a una mejora económica”*.

Urbaser aduce que sí cuantificó las mejoras ofrecidas, si bien solo acredita dicha circunstancia respecto del vehículo de inspección y control, en el apartado A.1 del sobre B, en que se describe el mismo y se le asigna un valor de 17.695,46 euros.

Por su parte FCC señala que sí cuantificó la mejora ofrecida. Así consta con claridad en dos apartados diferenciados del Libro *“Otra Documentación”* de su oferta. En el apartado 2.7 sobre *“Adquisición, explotación y mantenimiento de un Punto Limpio móvil”*, se describe el punto limpio y se añade *“El coste anual de esta mejora es de 10.899,67 €/año.”* Además en el apartado 2.8 2, *“Tabla resumen”*, se indica de nuevo el importe €/año imputado a la adquisición, explotación y mantenimiento del Punto Limpio Móvil, en el que consta asimismo desglosado el importe del vehículo de inspección y control, que se valora en 5.094,03 euros /año.

Recolte no se pronuncia sobre esta cuestión.

Expuestas las posiciones de las partes e interesados en el procedimiento este Tribunal comprueba que la cláusula 20 del PCAP señala que *“se admitirán como mejoras cantidades económicas que el licitador expresará en euros/año de contrato y que tras la oportuna valoración de los Servicios Municipales, de acuerdo con la base de precios CENTRO en vigor, el adjudicatario deberá destinar exclusivamente a realizar estas actuaciones y que tengan encaje en alguno de los epígrafes siguientes. La puntuación o baremación se realizará hasta los puntos establecidos para cada epígrafe, de forma proporcional a la oferta económica para cada uno, entendiendo como máxima la valoración establecida en la relación determinada en euros/año sin incluir el IVA que corresponda”*, para a continuación baremar cada una de las mejoras admisibles de la siguiente forma:

“- Suministro e instalación de contenedores y papeleras de cualquier tipo, hasta 5.000,00 €/año, hasta 4 puntos.

- Instalación mobiliario urbano de cualquier naturaleza, hasta 5.000,00 €/año, hasta 3 puntos.

- Instalación juegos infantiles, hasta 2.500,00 €/año, hasta 2 puntos.

- *Adecuación de áreas de aportación (señalización, mejora de puntos de contenerización, etc.), hasta 2.500,00 €/año, hasta 1 puntos.*
- *Vehículo de inspección y control, hasta 2 puntos.*
- *Actuaciones de educación ambiental adicional de cualquier naturaleza, hasta 1.250,00 €/año, hasta 1 punto.*
- *Adquisición, explotación y mantenimiento de un Punto Limpio Móvil, consensuado con los servicios municipales las distintas ubicaciones y los horarios y frecuencia de funcionamiento del mismo. Deberá realizar las campañas informativas necesarias con suficiente antelación para que el ciudadano pueda hacer uso de este servicio. Al finalizar el presente contrato el punto limpio móvil revertirá al Ayuntamiento en perfecto estado de uso, hasta 2 puntos”.*

Se aprecia que tanto para el caso del vehículo de inspección, como del punto limpio, no se prevé un montante máximo por lo que se refiere al importe, sino que se prevé la asignación directa de 2 puntos en cada caso. Si bien la redacción del PCAP en este punto, no es la más adecuada al no establecer específicamente la excepción de valoración de la mejora en función de su importe para el caso de los dos elementos indicados, resulta claro al no establecer un importe de licitación máximo a tener en cuenta, que la intención del PCAP era asignar a estos dos elementos la puntuación máxima de 2 puntos en cualquier caso por el mero hecho de su oferta. De manera que la proporcionalidad en la valoración de las mejoras “desaparece” en el caso de estos dos elementos en que no se dispone una valoración máxima en la relación determinada en euros/año, más arriba reproducida. Dicha interpretación tampoco puede considerarse forzada o descabellada cuando al menos cinco de las licitadoras así lo han considerado, al ofertar en los dos elementos examinados únicamente la mejora sin indicar su valoración.

Debe desestimarse por tanto el recurso en relación con esta cuestión.

Sexto.- Se invoca asimismo como motivo de recurso la arbitraria valoración de los criterios susceptibles de juicio de valor.

Señala la recurrente que *“de la lectura del informe realizado por la consultora sobre la documentación ponderable a través de juicios de valor, sorprende la falta de motivación y justificación de la puntuación asignada a cada uno de los criterios objeto de valoración. Si bien se manifiesta o enfatiza aquellos aspectos que se consideran destacables en cada uno de las ofertas presentadas por los licitadores, no se argumenta en ningún caso el porqué de la puntuación asignada, ni los criterios previos que lo justifican a la hora de ser valorados”*, reseñando tres casos que a su juicio acreditan la afirmación anterior: la valoración del lavado de contenedores, la valoración del plan de viabilidad invernal y la valoración de la Maquinaria y Medios Auxiliares.

Aduce el informe aportado por el órgano de contratación que la valoración de las diferentes ofertas presentadas mediante un juicio de valor apreciaba en su conjunto todos los aspectos contemplados en el PCAP (proyecto de prestación y gestión del servicio 20 puntos, maquinaria y medios auxiliares ofertados por la ejecución, 15 puntos y medios humanos ofertados, 10 puntos) a partir del baremo especificado en el PCAP, que a su vez se subdivide en distintos aspectos, explicando en los términos que más adelante se expondrán, la valoración efectuada respecto de los conceptos controvertidos

Urbaser aduce con carácter general en sus alegaciones que las valoraciones subjetivas manifestadas por la recurrente no permiten conculcar en modo alguno, la presunción de acierto y certeza de la cual goza el Órgano de contratación en virtud de la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración, que el Tribunal no podría corregir aplicando criterios jurídicos. Asimismo defiende la adecuación a derecho de la valoración en cuanto a los extremos controvertidos por la recurrente.

Por su parte FCC en su escrito de alegaciones apoya la pretensión de existencia de arbitrariedad aducida por la recurrente *“La comparación de ofertas en lo relativo a la inversión total ofertada o al número de trabajadores equivalentes propuestos es una cuestión objetiva: debe asignarse mayor puntuación a aquel*

licitador que oferta una inversión más alta o más trabajadores. Sin embargo, este no es el caso, el Informe de la consultora puntúa de forma aleatoria sin tener en cuenta la cifra de inversión o el número de trabajadores, sin aportar motivación alguna que justifique tal digresión”.

Recolte no se pronuncia sobre esta cuestión.

Interesa comenzar recordando que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. Este criterio ha sido recogido en diversas resoluciones por este Tribunal señalando que *“los pliegos reguladores de la licitación constituyen la ley del contrato, como viene reiteradamente afirmando la jurisprudencia, siendo éstos el elemento reglado que permite un control posterior de la misma, lo que supone que la Administración no puede alterar unilateralmente las cláusulas de los pliegos en perjuicio de los licitadores y que los licitadores deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso, presentar su oferta conforme a los requisitos técnicos contenidos en éstos y que en caso de no hacerlo deban ser excluidos de la licitación”.*

Esta vinculación, en cuanto a la Administración, supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos, ni relativizarlas en perjuicio de los licitadores y, por tanto, la valoración realizada por la misma ha de ajustarse a lo previsto en los mismos.

No cabe desconocer que la Administración a la hora de valorar los aspectos técnicos de las ofertas, bien directamente o como en este caso a través de una empresa contratada, puede atenerse a la discrecionalidad técnica. En cuanto al alcance de tal concepto, ya la Resolución 122/2015, de 15 de julio, de este Tribunal, señala, con cita de una Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que *“nos encontramos ante una calificación que tiene una componente*

de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración.

Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos.

No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.”

Tal como ya indicó este Tribunal en su Resolución 84/2015, de 12 de junio, además de la función de control, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación es una garantía que en caso de ser contravenida, generaría indefensión. Con carácter general, la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación, de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de

su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta.

Los criterios que figuran en los pliegos serán los que determinen la adjudicación, por ello, la posibilidad de recurso contra este acto de finalización del procedimiento de contratación requiere tener conocimiento cabal de las puntuaciones asignadas a cada uno de dichos criterios y las causas de la misma, a fin de facilitar, en su caso, su control, por lo que necesariamente en la valoración de los criterios debe hacerse un juicio razonado para poder conocer los motivos por los que se llega al resultado final de otorgamiento de puntuación.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2014, recurso 1375/2013, fija el marco de control del poder discrecional frente a la arbitrariedad y su pariente próximo la discrecionalidad extralimitada. Respecto del contenido de la motivación se declara que debe cumplir al menos estas condiciones:

- a. Expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico.
- b. Consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico.
- c. Expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato sobre los demás.

Por tanto, debemos comprobar si el informe técnico soporte de la adjudicación, está debidamente motivado y argumentado, es decir que existe una valoración técnica debidamente justificada, a la luz de los argumentos expuestos por la recurrente.

1. Lavado de contenedores.

Señala la recurrente que mientras que CESPAs oferta 1 lavado exterior a mano y 17 lavados mecánicos mediante vehículo lavacontenedores, la adjudicataria solo

oferta 3 lavados a mano (con un único peón), *“con una operativa un tanto dudosa de cara al ciudadano, ya que según indican en su oferta “clausuran” el contenedor durante unas horas desde que se recoge de madrugada, hasta que es limpiado por la tarde”*, señalando que en ningún caso 3 lavados a mano son más eficaces que 17 lavados mecánicos.

Urbaser sin embargo, además de considerar que esta cuestión entra de lleno dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica afirma que los sistemas operativos de lavado (manual y automático) y el resultado de los mismos son totalmente distintos, permitiendo el sistema manual realizar un lavado más intensivo que el automático, dando así mejor respuestas a lo exigido por la cláusula 15.2 del PPT, que exigía un lavado intensivo de papeleras y contenedores. Además afirma que el lavado manual es mucho más eficaz ya que consigue un mejor acabado, mejores resultados en cuanto a desinfección, permite eliminar cartelería adherida al contenedor, resultando en definitiva su operatividad más precisa, larga en el tiempo y minuciosa. Añade asimismo que es un aspecto fundamental el hecho de permitir un tratamiento adecuado en función del estado de suciedad en el cual se encuentre el contenedor, frente a un lavado automático para el cual su programación ofrece la misma limpieza para todas las unidades, con independencia del grado de suciedad de las mismas, asimismo considera una ventaja que su oferta específica, frente a la de las demás, el tipo y características de detergentes y desinfectantes, es decir es independiente del tipo de lavado que se realice, y en todo caso, los propuestos por URBASER, S.A. son plenamente medioambientales y por tanto perfectamente compatibles. En cuanto al carácter dudoso de la operativa de limpieza, aclara que el contenedor se clausura de madrugada después del vaciado del contenedor y se procede a su limpieza por la mañana, tal y como se refleja en el SOBRE C apartado 1.1.5 *“Resumen del servicio y 1.3 Metodología y plan de trabajo”*, concretamente entre las 7:30 y las 13:30 horas.

Examinado el informe de valoración se comprueba que el mismo, respecto de la cuestión del lavado de contenedores, entiende que la oferta de la recurrente se ha explicado de manera clara, con calidad y coherencia siendo idónea y justificada de

cara al servicio. Respecto de la oferta de Urbaser considera que asimismo es idónea y justificada, pero añade *“propone la limpieza completa de los contenedores mediante sistema manual realizado por operarios con equipo de agua a presión con la frecuencia especificada en el pliego de condiciones (tres veces al año). Este sistema de lavado “a mano”, se considera que es más efectivo frente a lavados mecánicos, es más eficaz que el lavado automático realizado mediante camión lavador que han ofertado las demás propuestas”*.

Este Tribunal considera que si bien la explicación es algo escueta, queda claro que la mayor puntuación se corresponde con la mayor eficacia del sistema de lavado que no se hace depender del número de lavados, sino del método utilizado, que a la luz de las explicaciones en sede de recurso de Urbaser, se considera razonable, sin que se aprecie que el órgano de contratación se haya excedido en los márgenes de discrecionalidad que le son dados.

2. En cuanto al plan de vialidad invernal

Aduce la recurrente que la adjudicataria incumple el PPT por lo que a la cantidad de toneladas de sal se refiere, puesto que el mismo exige un mínimo de 8 toneladas mientras que en la oferta los contenedores tienen una capacidad de 300 kg. ofertándose 10 contenedores, lo que significa un total de 3 toneladas, lo que debería haber llevado consigo la exclusión de la adjudicataria, a pesar de lo cual el informe del órgano de contratación valora muy positivamente dicho plan señalando que *“describe un muy buen plan de vialidad invernal, con un protocolo de actuación donde se detallan las calles de actuación prioritaria y los rendimientos de retirada de nieve en función del espesor de la nieve acumulada. Se propone la instalación de 10 arcones de sal con 500 l/unidad distribuidos por lugares estratégicos (aproximadamente 10 toneladas)”*.

El órgano de contratación en su informe preceptivo señala que *“CESPA obvia que URBASER propone a través de su plan de viabilidad invernal el acopio de sal, no*

solo en los contenedores situados en el término municipal sino también acopio de dicho fundente en la nave de servicio habilitada para tal fin abasteciendo in situ a los vehículos y maquinaria destinados específicamente al plan de inclemencias invernales”, siendo la misma circunstancia invocada en trámite de alegaciones por Urbaser.

Efectivamente se comprueba por este Tribunal que, de acuerdo con la cláusula 42 del PPT, *“con carácter anual la empresa acopiará una cantidad fundente que no será menor de 8 toneladas disponibles desde el mes de enero. En el caso de que parte de este fundente no se utilice durante el año, se acumularán las toneladas restantes a las nuevas 8 Tm. que deberán estar disponibles para el año siguiente. Si los servicios se comienzan a prestar a partir de mayo, durante el primer año el suministro del material se realizará en el mes de octubre o noviembre en función de las necesidades. El Ayuntamiento podrá utilizar este fundente estando la empresa adjudicataria obligada a suministrárselo en las condiciones y lugar que éste determine.”*

Así mismo se comprueba que en el sobre B *“Proposición Económica”*, de la oferta de la adjudicataria, consta en el Capítulo 4 *“Total Gastos Maquinaria y Renting”*, subcapítulo 5.1. *“Otros costes”* el acopio de sal exigidos: *“8 unidades a un precio de 33,50 €/ud con un coste total de 268,00 €.”*

Por lo tanto no se aprecia incumplimiento del PPT ni incoherencia interna en el informe de valoración, sin perjuicio de la diferencia de cabida de los contenedores, en cuanto al concepto vialidad invernal por lo que debe desestimarse el recurso por este motivo.

Valoración de la maquinaria y medios auxiliares.

Señala la recurrente que tanto la oferta de URBASER como de CESPAS en este punto es prácticamente igual. Sin embargo, se asignan diferentes puntuaciones

(13,75 puntos a Urbaser y 12,75 a Cespa) sin estar justificada ni motivada en el informe esta diferencia, indicando que en todo caso la oferta de Cespa es mejor en este punto, al haber introducido maquinaria eléctrica en el servicio, a lo que añade que respecto a los vehículos de reserva, la adjudicataria aporta un listado de vehículos en el que indica cuales sustituiría en caso de necesidad, pero sin aportar las características técnicas de los mismos. Poniendo como ejemplo el vehículo de inspección y control.

FCC en sus alegaciones abunda en considerar arbitraria la valoración de la inversión en maquinaria y los medios humanos propuestos al entender que se trata de elementos de la oferta perfectamente delimitados y cuantificados, en los que el margen de apreciación subjetiva por parte de la Administración es muy reducido. La comparación de ofertas en lo relativo a la inversión total ofertada o al número de trabajadores equivalentes propuestos es una cuestión objetiva: debe asignarse mayor puntuación a aquel licitador que oferta una inversión más alta o más trabajadores o maquinaria.

Señala Urbaser en su escrito de alegaciones que *“CESPA se confunde al mezclar conceptos distintos en su línea argumental, dado que focaliza su pretensión de puntuación sujeta a juicio de valor respecto de un equipo -vehículo de inspección y control que, sin embargo, era objeto de valoración automática”*.

Efectivamente el supuesto traído a colación por la recurrente para demostrar la arbitrariedad de la valoración del apartado maquinaria y medios auxiliares, no puede ser tenido en cuenta por este Tribunal ya que como se ha analizado anteriormente, el vehículo en cuestión constituye una mejora valorable de forma objetiva, como reconoce la propia recurrente en su anterior motivo de recurso.

Por otro lado, el órgano de contratación en su informe señala la valoración de la oferta de la adjudicataria es mejor valorada porque el juicio de valoración se realiza del conjunto sobre toda la maquinaria y medios auxiliares, teniendo en cuenta los

siguientes aspectos: Justificación de los medios, adecuación de los recursos materiales y vehículos a los trabajos, planes de mantenimiento preventivo y correctivo de la maquinaria y equipos, características técnicas del material ofertado, innovaciones tecnológicas e inversiones en medios materiales y no valorando sólo aspectos particulares tal y como pretende CESPAA centrándose exclusivamente en los aspectos ambientales de la maquinaria.

Examinado el informe de valoración a la luz de los parámetros de valoración establecidos en el PCAP y teniendo en cuenta su valoración global, debe concluirse que dicha valoración es razonable, motivada y no excede por tanto los límites de la discrecionalidad técnica de manera que ni este Tribunal, pero tampoco las licitadoras, pueden pretender sustituir el juicio técnico del órgano de contratación intentando que prevalezcan determinadas características técnicas sobre otras que consideran de menor interés. Además este Tribunal no puede estar de acuerdo con la conclusión de FCC de que la mayor cantidad de recursos debe ser mejor valorada, cuando se trata de ponderar una oferta en su conjunto desde el punto de vista de la eficiencia, o adecuación del coste al objetivo que se quiere conseguir, operatividad y viabilidad del proyecto, sin que por otra parte haya puesto de relieve algún otro aspecto que lleve a concluir o a tener por acreditada, la arbitrariedad alegada.

En cuanto a la identificación de los vehículos y maquinaria de sustitución, se comprueba que la columna segunda y tercera, del cuadro de sustitución de la oferta de la adjudicataria especifica la matrícula y bastidor respectivamente, numeración que identifica de manera inequívoca y única al vehículo en concreto.

Debe por tanto desestimarse el recurso por este motivo.

Séptimo.- Aunque los motivos de recurso hechos valer por la recurrente deben ser desestimados tal y como más arriba se ha expuesto, debe examinarse el contenido de las alegaciones presentadas por Recolte, que no se manifiesta sobre las concretas cuestiones invocadas en el recurso sino que plantea otra distinta. Así explica que las

licitadoras estaban citadas el día 22 de marzo de 2016 para la apertura de plicas, si bien en dicho acto se les informó de que la apertura de sobres fue realizada el día 15 de marzo de 2016, sin convocatoria de las empresas interesadas, lo que determinaría la nulidad del procedimiento. En dicho acto obtuvo un total de 33,15 puntos debido a que no se valoró el contenido del sobre “B” por superar el importe de licitación respecto de las mejoras propuestas.

Ya en la Resolución 9/2011, de 25 de mayo de 2011 este Tribunal señalaba que *“El trámite de alegaciones no es el adecuado para articular pretensiones no contempladas en el texto del recurso ni permite abrir un nuevo plazo para recurrir un acto recurrible sí, pero que fue consentido al no haberse interpuesto el recurso en plazo. Ello ni aún en el supuesto de que se encontrasen íntimamente ligadas al objeto del recurso pues de hacerlo supondría la admisión de un nuevo recurso, interpuesto por uno de los licitadores que dejó transcurrir el tiempo sin haberlo hecho y sin observar el plazo que para su interposición establece el artículo 314.2 de la LCSP. No puede utilizarse el trámite de alegaciones previsto para la resolución de un recurso para plantear otro.”*

En este caso la cuestión atinente a la apertura de ofertas económicas en acto público o no es una cuestión nueva introducida por una de las alegantes, fuera del plazo previsto para la interposición del recurso, que para todas ellas comienza a contar el día siguiente al 7 de junio en que se remitió la notificación de la adjudicación, y finaliza el día 7 de julio de 2016, según se indica en la notificación de la adjudicación, sin que Recolte haya hecho uso de su posibilidad de interponer recurso de considerar que había fundamento para ello, no siendo por tanto admisible dicha alegación en este momento procedimental.

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 doña M.C.G., en nombre y representación de Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A, CESPAS, contra el Acuerdo en Pleno del Ayuntamiento de Colmenarejo de fecha 30 de mayo de 2016, por la que se adjudica el contrato de “Gestión del Servicio Público de punto Limpio, Recogida de Residuos Sólidos Urbanos de podas y enseres y de limpieza viaria de Colmenarejo”, expte. 1020/2013.

Segundo.- Levantar la suspensión automática del procedimiento mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 30 de junio de 2016, en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.