

Recurso 183/2015**Resolución 387/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

En Sevilla, 17 de noviembre de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S. A.** contra la resolución de adjudicación adoptada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Écija de 27 de julio de 2015 del “Contrato de gestión de los servicios públicos de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria del término municipal de Ecija” (Expte. EC/AEH-AU/001/2014) promovido por el Ayuntamiento de Ecija, este Tribunal ha dictado, en sesión celebrada en el día de la fecha, la siguiente:

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 27 de noviembre de 2014, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia (BOP) de Sevilla nº 275 el anuncio de la licitación del contrato indicado en el encabezamiento, publicándose una corrección de errores al mismo en el BOP de Sevilla nº 297 de 7 de diciembre de 2014.



El valor estimado del contrato asciende a 29.748.694,50 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

En dicho procedimiento presentaron ofertas tres empresas y entre ellas la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (FCC, S.A. en adelante) la recurrente.

TERCERO. El 21 de agosto de 2015, tuvo entrada en el registro del este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **FCC, S.A.** contra la resolución de adjudicación adoptada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ecija de 27 de julio de 2015 del contrato mencionado.

El 4 de septiembre de 2015, el Ayuntamiento de Ecija remitió el expediente de contratación junto a un informe sobre el recurso y un listado de los licitadores en el procedimiento de adjudicación, con los datos precisos a efectos de notificaciones.

CUARTO. El 9 de septiembre de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores a efectos de alegaciones por un plazo de cinco días hábiles, habiéndolas presentado en plazo la empresa ECILIMP,S.L..

QUINTO. En virtud de resolución de 8 de septiembre de 2015, este Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local.

El artículo 41.4 del TRLCSP dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*

En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 1 lo define como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.



Asimismo, el artículo 10, apartados 1 y 2, del citado Decreto, bajo el título “Entidades locales de Andalucía”, dispone lo siguiente:

“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (...).

2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.”

De otro lado, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*



Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquéllas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Ecija comunica que no ha procedido a la creación de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

Según la cláusula 2.1.1 del PCAP, el contrato tiene por objeto la gestión, mediante concierto, de los servicios públicos municipales de recogida y transporte y gestión de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria, servicios de gestión integral del punto limpio y otros servicios de recogida de residuos



urbanos y limpieza urbana y con un valor estimado de 29.748.694,50 euros, IVA excluido y un plazo de ejecución de 10 años más 5 años de prórroga, sin que se prevea la existencia de gastos de primer establecimiento.

Expuesto lo anterior, es preciso determinar la verdadera naturaleza jurídica del contrato que nos ocupa ya que, como se expondrá a continuación, ello resulta decisivo para determinar el carácter impugnabile del acto administrativo que se recurre.

Pues bien, como ya hemos señalado, tanto en el anuncio de licitación, como en el PCAP se configura el contrato como de *“gestión de servicio público bajo la modalidad de concierto”*. En tal caso, al no preverse la existencia de gastos de primer establecimiento, no cabría, en principio, el recurso especial en materia de contratación (apartado 1.c del artículo 40 del TRLCSP).

No obstante lo anterior, la previa calificación de este contrato como de gestión de servicio público no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público.

Como señaló el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución nº 154/2011 de 1 de junio, *“la razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto, la posibilidad de recurrir a través de la vía del recurso especial en materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89//665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo”*. Aceptar la calificación que hace el PCAP *“y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada”*.

Añadiendo que, del examen de las definiciones en el TRLCSP del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad concesional y del contrato de



servicios, se deduce una diferencia esencial: *“en la concesión de servicios la cesión de la gestión se hace siempre a cambio de asumir la explotación del servicio, mientras que en el caso del contrato de servicios la contrapartida a la prestación del servicio consiste exclusivamente en el abono de un precio. Esto significa que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio”*.

Partiendo de lo que acaba de exponerse y puesto que es la asunción de riesgo por parte del concesionario lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios, debemos examinar la configuración de la contraprestación en el PCAP a este respecto.

Del examen del PCAP y en concreto de la cláusula 2.1.4 relativa al “presupuesto de licitación” se desprende que la retribución al contratista por parte del Ayuntamiento no deviene de la explotación de un servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados a cambio de un precio prefijado en la adjudicación por lo que, a juicio de este Tribunal, la figura del contratista lejos de asimilarse al concesionario se asimila a lo que en términos de la Directiva 2004/18 y el propio TRLCSP denomina prestador de servicios.

Además la citada cláusula 2.1.4 establece que el abono del precio por parte de la Ayuntamiento se hará efectivo a mes vencido mediante la presentación por el contratista de las facturas correspondientes a cada mensualidad. Por tanto, el contratista se limita a prestar un servicio a cambio del pago de un precio, sin asumir ninguna otra obligación ni riesgo alguno, lo que supone, por sí mismo, que no nos encontremos en presencia de un contrato de concesión de servicio



público sino de un contrato de servicios.

A la vista de lo anterior, entiende este Tribunal, ta y como ya hemos indicado en resoluciones anteriores respecto a contratos idénticos, así en la resolución 168/2014 de 4 de agosto de 2014, entre otras, que en realidad nos encontramos ante un contrato de servicios en el que la retribución del contratista la satisface directamente el Ayuntamiento independientemente del grado de utilización de los servicios por los usuarios sin que el contratista asuma riesgo alguno en la explotación del servicio.

Por todo ello, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2.c) del mismo artículo 40 mencionado, debe entenderse que puede recurrirse en esta vía la resolución de adjudicación.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 b) del TRLCSP dispone 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.*

En el supuesto examinado, consta que el 4 de agosto de 2015 se comunicó a la recurrente la resolución de adjudicación recurrida, siendo recibida por este el 10 de agosto de 2015, por lo que habiendo presentado el recurso en el Registro de este Tribunal el 21 de agosto de 2015, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Procede, pues, analizar la cuestión de fondo que se suscita en el recurso. Son varias las alegaciones de la recurrente, teniendo en cuenta que aunque su oferta fue excluida por no quedar justificada la misma al haber



incurrido en valores anormales o desproporcionados, el recurso contra la resolución de adjudicación lo fundamenta en cuatro cuestiones:

- Entender que la proposición de ECILIMP, S.L. incumple el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), por lo que debió ser excluida.
- Que la valoración de las ofertas económicas se ha hecho interpretando los pliegos de forma contraria a derecho.
- Que ha habido error en la valoración de las ofertas técnicas.
- Que la exclusión de su oferta es improcedente al estar debidamente justificada.

Vamos a analizar cada una de estas alegaciones atendiendo igualmente al informe que remite el órgano de contratación y las alegaciones presentadas por la empresa ECILIMP, S.L que resultó adjudicataria.

La primera alegación es que la oferta de la adjudicataria incumple la cláusula 7.2 del PCAP relativa a la *“recogida de residuos comerciales no peligrosos y residuos domésticos de origen comercial por encima de determinadas cantidades establecidas en la ordenanza”*, en la que se establece que *“la frecuencia de la recogida será como mínimo diaria para el comercial”* y según la recurrente, la oferta de ECILIMP, S.L. establece una frecuencia para este servicio de tres veces por semana y por tanto, debería haberse excluido dicha oferta y no como indica el informe técnico de valoración que *“dado que la propuesta no se ciñe a las prescripciones, este servicio se debe prestar de conformidad con el pliego..... la propuesta presentada por ECILIMP, S.L. sería admisible pese a no ajustarse estrictamente al PPT”*.

Frente a ello el órgano de contratación en su informe indica que que las diferencias advertidas en el informe técnico entre las ofertas presentadas y el PPT no son sustanciales y no alteran, ni en singular ni en su conjunto, los servicios



definidos en el PPT que constituyen el objeto del contrato.

Por su parte, la empresa que resultó adjudicataria ECILIMP, S.L., alega que también la oferta de la recurrente no cumple con el PPT en alguno de sus puntos como es el relativo a la *“recogida ordinaria de RSU”* en el que la cláusula 7.1.3 del PPT exige que sea diaria, la oferta de FCC, S.A. indica que *“la frecuencia de la recogida planteada es de 310 jornadas, es decir, de lunes a sábado y 12 festivos al año”* y el informe técnico indica que la oferta de FCC, S.A. *“si bien la solución ofertada no se aparta estricta y rigurosamente de las prescripciones técnicas, la misma es admisible en términos globales de rendimiento”*.

En este sentido, hay que tener en cuenta que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y las proposiciones de los licitadores deben ajustarse a los mismos. Ahora bien, no cualquier desajuste o incumplimiento del PPT debe conllevar la exclusión de la oferta.

En este sentido, la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 815/2014, de 31 de octubre, señaló que :

“Del mismo modo, este Tribunal en resolución 613/2014 de 8 de septiembre ha sostenido como criterio complementario del anterior que <<debe tenerse en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TR-LCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TRLCSP cuando exige que: *“Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”*.



En consonancia con ello, debe interpretarse el art 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación>>”.

De lo expuesto se deduce que no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato.

La doctrina referida cita el art. 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, el cual tiene la siguiente dicción literal: *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de la licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o 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 u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

Este precepto exige para la exclusión una variación sustancial del modelo establecido o la falta de concordancia con la documentación presentada.

En el presente caso, aunque el PPT exige respecto a la *“recogida de residuos comerciales no peligrosos y residuos domésticos de origen comercial por*



encima de determinadas cantidades establecidas en la ordenanza” que “la frecuencia de la recogida será como mínimo diaria para el comercial” y la oferta de ECILIMP, S.L. establece una frecuencia para este servicio de tres veces por semana, el informe técnico indica que es admisible dicha propuesta pese a no ajustarse estrictamente al PPT, si bien en todo caso el servicio se ha de prestar de conformidad con el PPT.

Pero igual criterio sigue el informe respecto a la oferta de la recurrente en relación al aspecto relativo a *”recogida ordinaria de RSU”* en la que la cláusula 7.1.3 del PPT exige que sea diaria y la oferta de FCC, S.A. indica que *“la frecuencia de la recogida planteada es de 310 jornadas, es decir, de lunes a sábado y 12 festivos al año”*, considerando admisible la oferta pese a ello, al no entender sustanciales las diferencias entre las ofertas y el PPT. Por tanto, el principio de igualdad de trato y no discriminación se ha respetado por el órgano de contratación en este aspecto, sin que el incumplimiento del PPT de la oferta de la adjudicataria se estime causa justa para su exclusión, debiendo cumplirse la exigencias del PPT en la ejecución del contrato, en todo caso.

SEXTO: Por otro lado, alega FCC, S.A. que la valoración de las ofertas económicas se ha hecho de manera contraria a Derecho.

La cláusula 2.2.9, tras la corrección de errores publicada en el BOP de Sevilla nº 297, de 26 de diciembre de 2014, recoge la forma de valoración de la oferta económica del siguiente modo:

Mejor **oferta económica** por reducción del tipo de licitación con un límite máximo del 10% de reducción (porcentaje a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada o temeraria)

P oferta (n) =Oferta (n)/M reducción ofertada x 5555 puntos

P oferta (n)= puntos obtenidos de la oferta (n)



M reducción ofertada= mayor reducción sobre tipo licitación (%) ofertada

Oferta (n)= reducción de tipo de licitación ofertada (n) en %

El resultado de valoración de las ofertas económicas presentadas por las tres empresas licitadoras fue inicialmente, según indica la recurrente:

FCC, S.A. $14,5\%/14,5\% \times 55 = 55$ puntos

URBASER: $6,01\%/14,5\% \times 55 = 22,7965$ puntos

ECILIMP: $6,75\%/14,5\% \times 55 = 25,6034$ puntos

Dicha valoración fue posteriormente rectificada, tal y como consta en el correo que envían a la recurrente de fecha de 31 de marzo de 2015, que adjunta a su recurso como documento nº 7 y en el que se indica que “*se comunica a los recurrentes en corrección de las operaciones aritméticas realizadas por la mesa en el acto de apertura de ofertas*” y según consta en el acta de la mesa de contratación de 31 de marzo de 2015, la valoración de las ofertas económicas que se hizo fue:

Empresa licitadora	Oferta	Porcentaje de baja	Puntuación
FFC, S.A.	1.695.620,39€ (IVA excluido)	14,50%	55,00 puntos
URBASER, S.A.	1.864.137,15€ (IVA excluido)	6,01%	33,0550 puntos
ECLIMP, S.A.	1.849.330,94€ (IVA excluido)	6,75%	37,1250 puntos

Según la recurrente el pliego exige que se tenga en cuenta la máxima reducción ofertada y no el límite del 10%, ya que este límite se establece sólo a efectos de determinar cual es la oferta incurso en valores anormales o desproporcionados,



pero no para fijar la puntuación de las ofertas porque entonces se valoraría igual a todas las ofertas cuya baja exceda del 10 % y esto es contrario al principio de obtener la oferta económicamente más ventajosa.

La fórmula que recoge el PCAP no es clara puesto que aunque establece como porcentaje a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada o temeraria el 10% de reducción respecto al tipo de licitación, sin embargo, para calcular la puntuación de cada oferta aplica la mayor reducción sobre el tipo de licitación (%) ofertada (M reducción ofertada). La mesa optó por aplicar dicha fórmula tomando en cuenta para el cálculo de la puntuación la mayor reducción sobre el tipo pero con el límite del 10%; de tal forma que a las ofertas, como la de la adjudicataria, que superan ese 10%, se aplica éste pese a que la bajada de su oferta es superior.

La recurrente alega que la aplicación de la fórmula que establece el PCAP se opone a la doctrina y la jurisprudencia del TJUE contraria a que se valoren igual ofertas mas altas que las que son más bajas a partir de una determinada media. Así en este caso, la valoración que hizo la mesa de contratación determina que la oferta, como la de la recurrente, que tuvo un porcentaje de bajada respecto al tipo de licitación del 14,5% se valore igual que si su porcentaje de bajada fuera solo del 10%.

La fórmula del PCAP no es clara, a juicio de este Tribunal, puesto que fija el 10% como el límite a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada o temeraria, pero luego al valorar la oferta recoge la **M reducción ofertada** = mayor reducción sobre tipo licitación (%) ofertada; sin que de ello resulte que esa mayor reducción a efectos de valorar la oferta sea con el límite del 10%, ya que dicho límite sólo se fija para considerar desproporcionada la oferta, de haber sido éste el límite fijado también como bajada máxima a valorar, debería haberlo puesto expresamente. De otra forma ninguna oferta sería inferior al 10



% del precio de licitación, ya que a partir de dicho límite se le iba a valorar igual, lo que resulta contraria a la doctrina asentada para obtener la oferta más ventajosa.

Así el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 4/11, de 28 de octubre de 2011, concluía que, en todo caso, en cuanto se refiere al precio del contrato, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, al fijar el procedimiento de valoración, no puede atribuirse a las proposiciones admitidas una valoración de la que resulte que la oferta más baja no obtiene la puntuación más alta, y consecuentemente sean mejor ponderadas ofertas que tengan un precio mayor que cualquiera de las restantes ofertas que se sitúen por debajo de la misma o dicho de otra forma la oferta más baja ha de ser la que, en cuanto al precio, reciba la mayor puntuación.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 8/1997, de 20 de marzo, indicó que *"no pueden utilizarse fórmulas distintas a aquellas que atribuyan una puntuación superior a las ofertas de precio inferior y una puntuación inferior a las ofertas de precio superior, sin perjuicio de la posible utilización de fórmulas que no produzcan este resultado, cuando figuren expresamente en el Pliego"* . Se trataba de dar adecuada respuesta a la considerada como indebida utilización del sistema de ponderación del precio a través de la denominada oferta media de mercado, no aceptado por las autoridades comunitarias.

Las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de las Comunidades Autónomas se pronunciaron también en esta línea. Así la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia, mediante Dictamen 1/2001, de 21 de mayo, sobre el criterio de valoración del precio ofertado en los concursos, concluía afirmando que *"deberá cumplirse en todo caso la condición de que ofertas más económicas no pueden recibir una puntuación inferior a la otorgada a ofertas menos económicas"*.



La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, a través del Informe 5/98, de 26 de junio, sobre valoración del precio como criterio de adjudicación en los concursos, señalaba que *“el principio imperante es el de puntuar mejor a la oferta menor, cualquiera que sea la forma o fórmulas de efectuarla, con respeto al derecho de audiencia de las ofertas anormalmente bajas”*.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, mediante Informe 4/97, de 6 de mayo, afirmaba que *“la valoración del precio en función de la baja media resultante de todas las ofertas presentadas no resulta adecuada a los intereses públicos, considerando los principios de economía y eficiencia que deben informar la actividad y la gestión pública”*.

La Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia, por medio del Informe 04/2003, de 27 de junio, sobre la valoración del precio como criterio de adjudicación en los concursos, sostenía igualmente la aplicación del criterio de las Instituciones comunitarias.

Esta posición fue igualmente ratificada por el Tribunal de Cuentas al reseñar la directa incidencia de las fórmulas de valoración del precio como criterio de adjudicación del concurso en el volumen del gasto público, dado el ingente número de contratos de obras adjudicados mediante concurso que celebra la Administración. En concreto, señala que el método en el que prima la proximidad de la baja de cada oferta a la baja media resultante de todas las ofertas presentadas no resulta adecuado a los intereses públicos, considerando los principios de economía y eficiencia que deben informar la actividad y la gestión pública constitucionalizados en el art. 31.2 CE. Establece, asimismo, que *“carece de justificación no valorar las mayores bajas una vez examinada la capacidad, los medios y la solvencia de las empresas licitadoras, así como las especiales ventajas de cada oferta según los restantes criterios, con la*



amplitud que se considere oportuna en atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato”.

El TJUE, en su Sentencia de 19 de septiembre de 2013 parte de que toda las actuaciones e interpretaciones están condicionadas al respeto del principio de igualdad de trato:

“66. El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).



67. Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada).



La fórmula de valoración de la oferta económica que recoge el PCAP induce a confusión, de otra forma, la recurrente no habría ofertado una bajada del 14,5% sino que se habría limitado a ofertar el 10% que era el límite que se le iba a valorar, según hace la mesa de contratación y ello, tal y como señala la citada STJUE, aunque referido al sistema de media aritmética, quiebra este principio de igualdad de trato. El razonamiento es exhaustivo:

“70. Por lo que atañe a la supuesta vulneración del principio de igualdad de trato, procede recordar, con carácter preliminar, que ha quedado acreditado que, antes de la presentación de sus ofertas, los licitadores estaban informados tanto de la aplicación del método del precio medio como del precio de base de todos los proyectos, tal como se especificaba en el pliego de condiciones y en el anuncio de licitación. No es menos cierto que, en esa misma fase del procedimiento de licitaciones, los licitadores no podían conocer el precio medio, ya que éste debía calcularse, al ser una media aritmética de los porcentajes de «baja» con respecto al precio de base de todas las ofertas admitidas, únicamente una vez recibidas las antedichas ofertas relativas al contrato en cuestión.

71. A este respecto, procede recordar que las entidades adjudicadoras están sujetas a una obligación de transparencia que tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo o arbitrariedad por su parte. En particular, cuando la adjudicación de un contrato depende de la determinación de la oferta más ventajosa económicamente, a efectos del artículo 30, apartado 2, de la Directiva 93/37, sobre los contratos públicos de obras, o del artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios, la entidad adjudicadora debe definir y precisar, en el pliego de condiciones, los criterios de adjudicación aplicables. Por tanto, estas disposiciones pretenden garantizar el respeto de la igualdad de trato y de la transparencia en la fase de la evaluación de las ofertas con vistas a la adjudicación del contrato (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal



de Justicia de 21 de julio de 2011, *EvropaïkiDynamiki/EMSA, C-252/10 P*, no publicada en la Recopilación, apartado 29).

72. Además, si bien la jurisprudencia no ha reconocido que exista una prohibición total y absoluta de que la entidad adjudicadora especifique con más detalle, tras la expiración del plazo de presentación de las ofertas, un criterio de adjudicación del contrato que previamente se hubiese dado a conocer a los licitadores, no es menos cierto que tal determinación posterior sólo es posible si se cumplen estrictamente tres requisitos acumulativos. En primer lugar, esta determinación a posteriori no debe modificar los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación; en segundo lugar, no debe contener elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación, y, en tercer lugar, no debe haber sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener un efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (véanse, en este sentido, las sentencias *Lianakis y otros*, citada en el apartado 65 supra, apartado 43, y la jurisprudencia allí citada, y *Evropaïki Dynamiki/EMSA*, citada en el apartado 71 supra, apartados 32 y 33).”

75. Por otra parte, ha quedado acreditado que la aplicación del método del precio medio podía llevar a una situación en la que, en caso de paridad de las demás condiciones, en particular, técnicas, una oferta con un precio más elevado podría obtener más puntos por su calidad económica que una oferta más baja, en particular, cuando la primera oferta se aproximara más al precio medio o, en el caso de los contratos gestionados por la ARC, al precio correspondiente a la «baja temeraria».

76. A este respecto, procede recordar que, si bien el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios –y, de manera análoga, el artículo 30, apartado 1, letra b),



de la Directiva 93/37, sobre los contratos públicos de obras– deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, esa elección sólo puede recaer en criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 59, y la jurisprudencia allí citada). Pues bien, la oferta más ventajosa económicamente puede definirse como aquella entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuenta los criterios justificados por el objeto del contrato (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2005, *TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisión*, T-148/04, Rec. p. II-2627, apartado 48). Por consiguiente, cuando las entidades adjudicadoras deciden adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, deben evaluar las ofertas para determinar cuál es la que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio [véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Países Bajos*, C-368/10, apartado 86, en relación con el considerando 46, párrafo tercero, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114)].

77. Si bien la oferta más ventajosa económicamente no es siempre aquella que tiene el precio más bajo, debe observarse que, en condiciones de perfecta igualdad de las ofertas por lo que respecta a todos los demás criterios pertinentes, incluidos los técnicos, una oferta más barata debe necesariamente considerarse más ventajosa, desde el punto de vista económico, que una oferta más cara. **Pues bien, en una situación como ésta, la aplicación del método del precio medio, que daría lugar a que se adjudicase el contrato a una oferta más cara**



que otra, no puede calificarse de conforme con el criterio de la oferta más ventajosa económicamente”

Por ello, el TJUE, de forma categórica concluye afirmando que la aplicación del método del precio medio es contraria al principio de transparencia, y al principio de igualdad de trato. Lo que significa que esta doctrina es aplicable para todo tipo de contrato con indiferencia de su importe y si resulta o no armonizado. En conclusión, el precio más bajo, ya sea un único criterio o acompañe a otros, debe ser valorado de igual forma, referenciando la puntuación sobre el precio más bajo, que obtendrá la mejor puntuación.

Esta conclusión aplicada al caso que nos ocupa, supone que la fórmula al no ser clara induce a error a los licitadores a la hora de presentar sus ofertas lo que es contrario al principio de igualdad de trato y transparencia. Y por otra parte, el criterio que aplica la mesa de contratación de no valorar más a las ofertas que bajan más del 10 % respecto al tipo de licitación, es contrario al principio de obtener la oferta económicamente mas ventajosa, según lo expuesto.

Por todo ello, la cláusula del PCAP relativa a la valoración de la oferta económica debe ser anulada y aunque la recurrente solicita la valoración de su oferta conforme a la interpretación que él hace de la formula, es necesario anularla de oficio puesto que la misma induce a confusión según lo expuesto e impide que los licitadores sepan de antemano como se le van a valorar sus ofertas, además de ser contraria a la obtención de la oferta económicamente más ventajosa.

SÉPTIMO.- Otra de las alegaciones de la recurrente es que ha habido un error y arbitrariedad en la valoración de las ofertas técnicas. Basa este alegato



rebatando la valoración dada por la mesa de contratación a la vista del informe técnico de valoración.

Para analizar esta alegación hay que partir de los criterios de valoración evaluables mediante juicios de valor que recoge el PCAP:

<<B) VALORACION DE LA DOCUMENTACION TÉCNICA-MEMORIA- QUE LOS LICITADORES DEBEN INCORPORAR EN EL OBRE N° DOS hasta un máximo de 45 PUNTOS, de la siguiente forma:

-1º).- Desarrollo del proyecto a implantar en el Municipio por parte de la entidad o empresa, en la cual se exponga con detalle cómo van a organizar el servicio objeto del contrato: **HASTA 25 PUNTOS.**

-2º).- Mejoras relacionadas con los servicios objeto de contrato (v.gr. Limpieza, parques y jardines, limpieza de polígonos industriales, etc.) **HASTA 15 PUNTOS.**

-3º).- Mejoras medioambientales, HASTA 5 PUNTOS>>

El informe técnico de valoración de 18 de marzo de 2015 suscrito por un ingeniero técnico agrícola municipal y un ingeniero técnico forestal municipal, va analizando las ofertas de los tres licitadores respecto a cada una de los servicios obligatorios que establece el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y añade al final que “para facilitar la determinación de los puntos de las diferentes propuestas, se ha procedido a elaborar una hoja de valoración donde se relaciona el porcentaje económico estimado del servicio, con los puntos previstos en el PCAP. La mesa teniendo en cuenta las distintas consideraciones técnicas efectuadas emitirá la puntuación que estime correspondiente”.

Dicha hoja de valoración que se adjuntó al informe técnico es la siguiente:



GESTIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE RECOGIDA DE RESIDUOS SOLIDOS URBANOS Y LIMPIEZA VIARIA
HOJA DE VALORACION TECNICA

NÚM.	NOMBRE	DISTRIBUCIÓN TECN. Puntuacion		VALORACION MESA (Valor 0-5)					
		%	Puntos	F.C.C.		URBASER		ECILIMP	
				Valor	Puntos	Valor	Puntos	Valor	Puntos
A	DESARROLLO DEL PROYECTO	100.00	25.0000						
0	ESTRUCTURA GENERAL	1.00	0.2500						
0.1	Organización	0.33	0.0825						
0.2	Sistema de control de calidad	0.33	0.0825						
0.3	Plan de mantenimiento de maquinaria	0.34	0.0850						
	TOTAL ESTRUCTURA GENERAL								
1	RECOGIDA	44.00	11.0000						
1.1	Recogida ordinaria	39.63	9.9075						
1.2	Recogidas especiales	2.10	0.5250						
1.3	Otras recogidas especiales	0.77	0.1925						
1.4	Punto Limpio	1.50	0.3750						
	TOTAL RECOGIDA								
2	LIMPIEZA VIARIA	54.00	13.5000						
2.1	Limpieza ordinaria	50.90	12.7250						
2.2	Servicios Especiales	3.10	0.7750						
	TOTAL LIMPIEZA VIARIA								
3	ATENCIÓN AL CIUDADANO Y SISTEMA DE GESTIÓN INF.	1.00	0.2500						
	TOTAL DESARROLLO DEL PROYECTO		25.0000						
B	MEJORAS RELACIONADAS CON LOS SERVICIOS OBJETO DE CONTRATO	100.00	15.0000						
1	RECOGIDA	44.17	6.6255						
1.1	Recogida ordinaria	36.37	5.4555						
1.2	Recogida especiales	0.86	0.1290						
1.3	Punto Limpio	6.94	1.0410						
	TOTAL RECOGIDA								
2	LIMPIEZA VIARIA	33.55	5.0325						
2.1	Limpieza ordinaria	32.13	4.8195						
2.2	Otros servicios de limpieza	1.42	0.2130						
	TOTAL LIMPIEZA VIARIA								
3	OTRAS MEJORAS	22.28	3.3420						
3.1	Atención al ciudadano	2.17	0.3255						
3.2	Suministro PC	0.43	0.0645						
3.3	Aumento frecuencia mantenimiento maquinaria	0.86	0.1290						
3.4	Furgón taller	1.03	0.1545						
3.5	Mejoras vehículos libre de amortización	10.44	1.5660						
3.6	Absentismo laboral	5.86	0.8790						
3.7	Campaña concienciación	1.28	0.1920						
3.8	Programa de actividades de reciclaje	0.21	0.0315						
	TOTAL OTRAS MEJORAS								
	TOTAL MEJORAS		15.0000						
C	MEJORAS AMBIENTALES	100.00	5.0000						
1	REDUCCIÓN EMISIONES CONTAMINANTES VEHÍCULOS	9.00	0.4500						
2	ESTUDIO UBICACIÓN CONTENEDORES Y REDUCCIÓN IMPACTO EN EL CASCO HISTORICO ARTISTICO	11.00	0.5500						
3	MENOR CONSUMO DE COMBUSTIBLES Y MENOR RUIDO	55.00	2.7500						
4	MENOR CONSUMO ENERGETICO SISTEMA ORGANIZACIÓN	8.00	0.4000						
5	MENOR CONSUMO DE AGUA Y RECICLADO	9.00	0.4500						
6	UTILIZACIÓN DE PRODUCTOS CON ETIQUETA ECOLOGICA	8.00	0.4000						
	TOTAL MEJORAS AMBIENTALES		5.0000						
TOTAL VALORACION TECNICA									



De esta forma la mesa de contratación fue valorando las ofertas de los licitadores a luz del informe técnico y asignando a las mismas la distribución de puntuación que fijaba dicho cuadro.

Como ya hemos reiterado en muchas de nuestras resoluciones, valga por todas la 232/2015 de 17 de junio, es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 y la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupolis) que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios que no se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

La situación descrita respecto de la fijación y valoración de subcriterios no fijados en el PCAP es equivalente a la que fue enjuiciada por el TJUE en el citado asunto C 532/06 (Alexandroupulis). En efecto, en aquel asunto tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones. No obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijó a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios. El Tribunal concluyó:

“El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores



económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.”

Ello no obstante, la propia sentencia deja a salvo la doctrina que el propio Tribunal mantuvo en STJUE de 24 de noviembre de 2005 en el asunto C 331/04 (ATI EAC y Viaggi di Maio), cuyo apartado 32 dispone:

“32. En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previo para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores”*

Este criterio es también recogido en diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citando, entre otras, las resoluciones 284/2011, de 23 de noviembre, y 301/2011, de 7 de diciembre.



Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 59/2009, de 26 de febrero y en relación a las mejoras considera que: “es legalmente admisible la presentación de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por parte del contratista.

Para poder ser valoradas con el fin de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, es necesario que los pliegos de cláusulas establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

Estos requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras se extienden a los demás criterios de adjudicación y derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cual es la económicamente más ventajosa.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 20/2012 de 14 de junio, se pronunció en el mismo sentido señalando:

“Pues bien, como argumenta la recurrente, del tenor literal de dicha cláusula se desprende la carencia de cualquier tipo de motivación o delimitación de las mejoras permitidas, puesto que en ningún momento se hace referencia a los límites admitidos, ni al procedimiento a seguir para la valoración de las mismas. La posibilidad de ofrecer descuentos directos sobre el precio resulta consustancial a la propia formulación de una proposición económica, pero la entrega de productos sin cargo «de igual o similar naturaleza» o «no incluidos en este Acuerdo marco», no determina los requisitos que deben reunir para ser



admisibles, ni la valoración que debe atribuirse en función de las cualidades de los mismos. Resulta así que la admisión como mejoras de las ofertadas en este punto por los licitadores y la determinación del valor atribuible a las mismas queda al arbitrio del órgano de contratación, sin más limitación que la derivada del propio pliego al exigir que las entregas de otros productos se realicen sin cargo.”

Y concluía el citado acuerdo que *“la indebida configuración y posterior valoración del criterio de las mejoras, al alterar el principio inherente a toda licitación pública de igualdad de trato, implica un vicio de nulidad de pleno derecho ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).”*

En este caso, en la valoración de la ofertas, tal y como queda plasmado en el informe técnico, se han seguido unos parámetros y valorado subcriterios que no estaban fijados en el PCAP y que si hubieran sido conocidos por los licitadores, su oferta habría sido otra.

En el presente caso, el PCAP define de forma genérica los criterios de adjudicación, así:

-1º).- Desarrollo del proyecto a implantar en el Municipio por parte de la entidad o empresa, en la cual se exponga con detalle cómo van a organizar el servicio objeto del contrato: HASTA 25 PUNTOS.

-2º).- Mejoras relacionadas con los servicios objeto de contrato (v.gr. Limpieza, parques y jardines, limpieza de polígonos industriales, etc.) HASTA 15 PUNTOS.

-3º).- Mejoras medioambientales, HASTA 5 PUNTOS



La falta de concreción de los criterios evaluables mediante juicios de valor da lugar a una arbitrariedad en la valoración de las ofertas con arreglo a los mismos. De hecho la mesa de contratación valoró las mejoras relacionadas con el servicio respecto a la oferta de la recurrente en 3,2733 puntos y la de URBASER en 2,2596 puntos y luego rectifica dicha valoración otorgando a FCC, SA 0,0774 puntos y a URBASER 0 puntos, con la única justificación de un informe técnico complementario emitido ante *“las discrepancias entre las valoraciones dadas por los técnicos y lo reflejado en el borrador del acta”* según consta en el acta de la mesa de contratación del 31 de marzo de 2015. Y en dicho informe complementario se indica *“que con posterioridad a la mesa de contratación, por parte de los técnicos que suscriben el presente informe, se ha detectado que en el análisis de valoración-conclusión punto 1 y 2 del apartado II.B “Mejoras del servicio”, es necesario realizar las siguientes aclaraciones y rectificaciones: DONDE DICE:*

1. Evaluadas las mejoras encuadradas en el apartado recogida ordinaria, se estima que la propuesta más completa es la de ECILIMP, seguida a igualdad de valora de FCC y URBASER.

DEBE DECIR:

1. Evaluadas las mejoras encuadradas en el apartado recogida ordinaria, se estima que la única propuesta susceptible de valorar es la de ECILIMP, no estimándose las otras dos por ser muy escasa entidad o mínima importancia, con respecto a la mejora propuesta por la otra empresa.

DONDE DICE:

2. Evaluadas las mejoras encuadradas en el apartado recogidas especiales, se estima que la propuesta más completa es la de ECILIMP seguida de URBASER.

DEBE DECIR:

2. Evaluadas las mejoras encuadradas en el apartado recogidas especiales, se estima que la propuesta más completa es la de ECILIMP seguida de FCC, S.A.”



La explicación expuesta dada por los técnicos para cambiar la valoración respecto a las mejoras ofertadas, denota la arbitrariedad de la misma lo que no es sino fruto de la no concreción en el PCAP de los criterios de valoración y de la forma de valorar éstos, habiéndose fijado solo de forma genérica, lo que atenta directamente contra el principio de igualdad de trato de los licitadores en tanto ellos no pueden saber como se van a valorar sus ofertas en el momento de presentar éstas, por lo que dichos criterios deben ser anulados.

La recurrente solo solicita la nulidad de la resolución de adjudicación recurrida. Ahora bien, esto no impide que este Tribunal aprecie de oficio la nulidad del PCAP al entender que la fijación de los criterios de adjudicación, tanto los de evaluación automática como los sujetos a juicios de valor, generan confusión e impiden que los licitadores sepan cuales son los términos en que sus ofertas han de ser valoradas y ello unido a la fijación de subcriterios de adjudicación no fijados en los pliegos, todo ello constituye un vicio de nulidad de pleno derecho que atenta contra el principio de igualdad y por tanto su estimación conlleva la nulidad de todo el procedimiento.

Este criterio ha sido sostenido por este Tribunal en reiteradas resoluciones como la Resolución 23/2014, de 12 de marzo entre otras muchas, en la que recogíamos el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución dictada el 20 de julio de 2011.

“Es decir que, en todo caso, la admisión de estas mejoras comporta la necesidad de identificarlas suficientemente así como el establecimiento de los criterios claros y precisos para valorarlas.

Aplicando esta doctrina al caso presente debemos destacar que en las cláusulas cuyo contenido se ha transcrito previamente queda manifiesta la insuficiente regulación de las mejoras habida cuenta de que ni figuran detalladas, ni se expresan sus requisitos, límites, modalidades y características



que permitan identificarlas suficientemente quedando claro asimismo que tampoco figuran los criterios a seguir para su valoración, lo que ha obligado a fijar a posteriori reglas y subcriterios de valoración a la comisión designada para llevarla a cabo en franca contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia mencionada anteriormente.

Y de esta forma se concluye que incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho y “no de otra forma debe ser calificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en relación con el 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre una cláusula de la que puede derivar, sin miedo a violentarla, una valoración de las ofertas contraria al principio de igualdad y de trato no discriminatorio.

En efecto dicho precepto declara nulos de pleno derecho los actos administrativos “que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”, entre los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la Ley. Frente a este argumento no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta ».

La cuestión de si a través de la estimación de un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la resolución de adjudicación es posible anular los pliegos y todo el procedimiento de licitación es una cuestión debatida.

En relación a ello hay que indicar que, tal y como recogimos en nuestra



resolución 270/2015 de 31 de julio, entre otras, aunque los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la recurrente no puede impugnar con motivo de la adjudicación el contenido de unos pliegos que aceptó incondicionalmente al presentar su oferta, esta regla general admite una serie de excepciones:

1. Que en la estipulación del pliego concurra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho, como sucede en el presente caso al atentar contra el principio de igualdad en la valoración de las ofertas realizadas.
2. Que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP; esta congruencia se satisface, desde luego, si el recurso solicita expresamente (de modo principal o subsidiario) la nulidad de la estipulación. En este caso dicha pretensión resulta de la petición de nulidad de la resolución de adjudicación puesto que este Tribunal no puede apreciar el alcance del error y arbitrariedad en la valoración alegado por la recurrente, ya que la fijación de los criterios de valoración en el PCAP es en sí misma arbitraria e inconcreta.
3. Que se trate de una estipulación que posibilite, incluso hipotéticamente, una actuación arbitraria (no solo ilegal) del poder adjudicador a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de hacer una nueva valoración de las ofertas, al anular la resolución de adjudicación, se incurriría nuevamente en arbitrariedad en la valoración. En este sentido, la sentencia 4559/2012 de 5 de noviembre de 2012 de la Audiencia Nacional anula una Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) porque aprecia incongruencia entre la petición de la recurrente (la admisión de la oferta por entender acreditada la clasificación requerida) y la decisión adoptada



por el Tribunal de recursos (la anulación de dos cláusulas del Pliego por ambigüedad y la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos). Pero dicha sentencia tiene un voto particular en el que estima que tal incongruencia no existe porque el TACRC determinó que, mientras la ambigüedad de las cláusulas anuladas no desapareciera, no era posible resolver sobre la pretensión de admisión de la oferta; de ahí que se articulara una estimación parcial, consistente en resolver la oscuridad de los pliegos para después resolver sobre la admisión.

En el presente caso, la fijación de los criterios de valoración en el PCAP en los que se define de forma amplia cada criterio y se fija la puntuación global que se da a cada uno pero sin especificar los aspectos a valorar y la puntuación de cada uno de ellos, denota una ambigüedad que deja un amplio margen de discrecionalidad al órgano de contratación para su valoración, deviniendo ésta arbitraria al no establecerse parámetros para la valoración de dichos criterios.

Por ello, si solo se anulara la adjudicación y se mantuvieran los criterios de adjudicación y su baremación tal y como establecen los pliegos, la nueva valoración incurriría igualmente en arbitrariedad, de ahí que haya que anular todo el procedimiento de licitación y los pliegos a fin de que se concreten los criterios de adjudicación y la valoración de los mismos.

Por último indicar que la apreciación de la nulidad de los pliegos y en consecuencia de todo el procedimiento de licitación, determina que no proceda analizar el alegato sobre la justificación de la oferta anormal o desproporcionada de la recurrente.



Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.** contra la resolución de adjudicación adoptada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ecija de 27 de julio de 2015 del “Contrato de gestión de los servicios públicos de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria del término municipal de Ecija” (Expte. EC/AEH-AU/001/2014) promovido por el Ayuntamiento de Ecija, y en consecuencia declarar la nulidad de la misma y de todo el procedimiento de licitación al haber incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho de acuerdo con lo expuesto en la presente resolución, debiéndose aprobar unos nuevos pliegos y convocar otra vez la licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo mantenimiento fue acordado por Resolución de este Tribunal de 8 de septiembre de 2015.

TERCERO: Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en



el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

