



Recurso nº 352/2013 Comunidad Valenciana 027/2013

Resolución nº 319/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 30 de julio de 2013

VISTO el recurso interpuesto por D. S.O.C. en representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (FCC) y D. J.P.M.M. en representación de FOBESA GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL, S.A. (FOBESA) contra la propuesta de adjudicación decretada por la Mesa de Contratación en el *“contrato de gestión del servicio público de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos o municipales así como de lavado y limpieza de contenedores del municipio de Vinaroz (Castellón)”*, expediente de contratación licitado por procedimiento abierto nº 28/12, con valor estimado de 11.831.639,27 €; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En sesión ordinaria el Pleno del Ayuntamiento de Vinaroz (Castellón) acordó el día 27 de diciembre de 2012 la aprobación del expediente de contratación para la gestión del servicio público de recogida y transporte de residuos urbanos o municipales (sólidos y selectiva) así como el lavado y limpieza de los contenedores del municipio de Vinaroz bajo la modalidad de concesión administrativa. El presupuesto base de licitación ascendía a 11.831.639,27 € (IVA excluido).

Segundo. La referida convocatoria de licitación fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Castellón de La Plana el día 24 de enero de 2013, con un plazo para la presentación de proposiciones de 30 días naturales a contar desde el siguiente al de la publicación del anuncio en este medio oficial.

Tercero. El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los contratos de gestión de servicios públicos contiene el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos

del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y en las normas de desarrollo de la Ley.

Cuarto. Con fecha de 1 de marzo de 2013 la mesa de contratación reunida al efecto acordó admitir las ofertas presentadas por las siguientes empresas:

- UTE ACCIONA SERVICIOS URBANOS, S.R.L. y TECNICAS Y TRATAMIENTOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. (TETMA, S.A.).
- URBASER, S.A.
- UTE CESPA, S.A. y ADDA OPS, S.A.
- UTE FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. y FOBESA GESIÓN, S.A.
- TALHER, S.A.

En dicha mesa se procedió a la apertura y examen de la documentación administrativa contenida en los sobres A.

Quinto. Reunida la mesa de contratación el día 14 de marzo de 2013 se examinó la documentación aportada en fase de subsanación y, una vez abiertos los sobres B de ofertas técnicas relativas a criterios no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas conforme a los recogidos en la cláusula 15ª del PCAP, se acordó solicitar el informe técnico de valoración al Departamento de medio ambiente de la citada Corporación Municipal.

Sexto. El 21 de mayo de 2013, previa convocatoria de la mesa de contratación, se levantó acta haciendo constar la puntuación total obtenida en la valoración de los sobres B, esto es, documentación a ponderar mediante juicio de valor aprobado por la mesa por unanimidad y reflejado en la siguiente tabla:

EMPRESA	PUNTUACIÓN
UTE ACCIONA SERVICIOS URBANOS, SRL-TECNICAS Y TRATAMIENTOS MEDIAMBIENTALES (TETMA, SA)	24,25
URBASER, S.A.	24,40
UTE CESPA, SA – ADDA OPS, SA	23,25
UTE FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA	25,00

– FOBESA GESTIÓN MEDIAMBIENTALES, SA	
--------------------------------------	--

En la misma sesión, la mesa de contratación acordó la apertura de los sobres C relativos a las ofertas económicas, arrojando el siguiente resultado:

EMPRESAS	TARIFA CENTRO DE GRAVEDAD	HORQUILLA (+/-) Km	HORQUILLA (+/-) Tn residuos	NÚMERO TOTAL DE KM OFERTADOS
UTE ACCIONA SERVICIOS URBANOS, SRL- TECNICAS Y TRATAMIENTOS MEDIAMBIENTALES (TETMA, SA)	69,07 € Tn/año	50 %	50 %	172.406,00 km/año
URBASER, S.A.	67,78 € Tn/año	50 %	50 %	156.786,00 km/año
UTE CESPA, SA – ADDA OPS, SA	67,61 € Tn/año	50 %	50 %	165.332,00 Km/año
UTE FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA – FOBESA GESTIÓN MEDIAMBIENTALES, SA	70,84 € Tn/año	50 %	50 %	157.713,26 Km/año

Séptimo. Con fecha de 12 de junio de 2013, reunida la mesa de contratación, procedió a la integración de la puntuación dada a las proposiciones técnicas dependientes de juicio de valor con las objetivas valorables por fórmula matemática junto con las otorgadas en la oferta económica. El resultado arrojado fue el siguiente:

PUNTUACIÓN MÁXIMA	TOTAL CRITERIOS QUE DEPENDEN DE UN JUICIO DE VALOR REFERIDOS A LA EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO	TOTAL CRITERIOS VALORABLES POR FÓRMULA MATEMÁTICA REFERIDOS A LOS COEFICIENTES	PUNTUACIÓN TOTAL
-------------------	---	---	------------------

PUNTUACION MÁXIMA	25,00	OFERTA ECONÓMICA	
		75,00	100,00
1ª UTE ACCIONA SERVICIOS URBANOS, SRL – TECNICAS Y TRATAMIENTOS MEDIOAMBIENTALES, SA	24,25	74,05	98,30
2ª UTE CESPA, SA – ADDA OPS, SA	23,25	75,00	98,25
3ª UTE FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA – FOBESA GESTION MEDIOAMBIENTAL, SA	25,00	72,95	97,95
4ª URBASER, SA	4,40	64,89	89,29

En virtud de tales resultados, la mesa de contratación acordó elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicar el contrato a la UTE ACCIONA SERVICIOS URBANOS, S.R.L. –TECNICAS Y TRATAMIENTOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., por el precio consistente en:

- Tarifa centro de gravedad: 69,07 € (IVA excluido).

Octavo. El 20 de junio de 2013, en el perfil de contratante se hizo pública la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación a favor de la UTE ACCIONA SERVICIOS URBANOS, S.R.L. – TECNICAS Y TRATAMIENTOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. Frente a dicho acto, la recurrente anunció la interposición de este recurso ante el órgano de contratación el 5 de julio y lo formalizó ante el Tribunal el día 8 de julio del presente.

Noveno. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las demás licitadoras

concurrentes, por un plazo común de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Dentro del plazo legalmente concedido han presentado alegaciones dos de las licitadoras, la UTE ACCIONA-TETMA y la UTE CESPAS-ADDA. Ambas solicitan la inadmisión del recurso por entender que todavía no existe acto de adjudicación sino un acta de la mesa de contratación proponiendo la adjudicación a favor de la UTE ACCIONA-TETMA. De forma subsidiaria, instan la desestimación del recurso especial, si bien, la UTE CESPAS-ADDA argumenta un motivo de nulidad sobre la proposición económica de la UTE propuesta como adjudicataria, por lo que viene a suplicar al Tribunal que, estimando el recurso, ordene al órgano de contratación la adjudicación a su favor, al ser la licitadora que presentó la proposición económicamente más ventajosa.

Décimo. El mismo día 8 de julio este Tribunal decreta la medida provisional de suspensión automática sin audiencia al abrigo de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP y con el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Valenciana sobre atribución de competencia en materia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

Segundo. La recurrente, la UTE FCC-FOBESA concurrió a la licitación del procedimiento abierto del contrato de gestión de servicio público convocado por el Ayuntamiento de Vinaroz, por lo que ha de entenderse que está legitimada para recurrir el acuerdo, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Tratándose de un contrato de gestión de servicios públicos hemos de estar a lo dispuesto en el artículo 40.1º del TRLCSP que expresa que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones

Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: “**c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años**”. La concurrencia de estos dos requisitos cuantitativos y cumulativos serán objeto de estudio detenido en una consideración jurídica separada, dado que el órgano de contratación esgrime alrededor de los mismos una causa de inadmisión de este recurso. Del mismo modo, en la misma consideración se analizará si nos hallamos ante un acto de trámite cualificado susceptible de impugnación en esta sede.

Se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. La recurrente basa su impugnación en los siguientes motivos:

1. La UTE recurrente afirma que existe una inadecuación jurídico material en la valoración de las ofertas económicas, pues, a su juicio, dicha valoración asumida por la mesa de contratación y determinante de la adjudicación no es conforme a Derecho, ya que se formula una propuesta de adjudicación a favor de la UTE ACCIONA-TETMA que ha de ser rechazada por no respetar lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas, en el Pliego de Condiciones Técnicas, especialmente en su Anexo V “Estudio Económico Orientativo de la Base de Licitación” y en el Proyecto de Explotación, dado que dicha UTE no ha presentado un plan económico financiero que rijan la concesión. En este sentido, en varios pasajes de su escrito de formalización del recurso, la UTE FCC-FOBESA considera que la propuesta de adjudicación se hace a una licitadora que no presenta un plan económico financiero según programa económico orientativo base de licitación elaborado por la Administración, incumpliendo por ende, la exigencia de las cláusulas 4 y 14 del PCAP y lo indicado en el Capítulo 6 del Proyecto de Explotación del contrato administrativo de gestión de servicios públicos Anexo al Pliego Técnico. En opinión de los representantes de las empresas ahora recurrentes, concurrentes en UTE, el plan económico presentado por la UTE señalada por la mesa de contratación como propuesta de adjudicación se limitó a la presentación de presupuestos de servicios anuales, sin respetar

estructuras del programa económico alternativo. Además, expresa que el plan económico presentado – que no se ajusta al programa establecido en el pliego -, no incluye el necesario cuadro de flujos de explotación que recoge la evolución de costes e ingresos durante los años de duración de la contrata, con el incremento limitado al 2,5 %, tal y como recoge el Programa económico alternativo orientativo base de licitación elaborado por la Administración y como específicamente recogen las cláusulas 4 y 14 del PCAP. En consecuencia, en su opinión, la oferta económica presentada por la UTE ACCIONA- TETMA ha de ser rechazada. De igual modo, ataca la oferta económica realizada por la UTE CESPAS-ADDA que, si bien, ha presentado el cuadro de flujos de explotación con la estructura determinada por el pliego, ha errado en la inflación, estableciéndola en un 4 %, por lo que también ha de ser rechazada esta oferta.

2. La segunda alegación de la UTE recurrente se funda en la arbitrariedad en la valoración ponderable a través de juicios de valor, a pesar de que reconoce que ella ha alcanzado la máxima puntuación. De modo general, considera que concurre la más absoluta falta de motivación del informe, en cuanto a la ponderación de los juicios de valor, a saber, *“la valoración efectuada no permite conocer cuáles son los criterios jurídicos esenciales motivadores de su decisión, requisito que la jurisprudencia exige para entender cumplimentado el requisito de la motivación de los actos”*. En concreto, la falta de motivación la focaliza en varios de los subcriterios: primero, en las frecuencias y otras mejoras ofertadas en cuanto superen las mínimas fijadas en el PPTP: hasta 5 puntos; segundo, en los medios materiales y técnicos y, tercero, en los planes de trabajo.

Al amparo de estas alegaciones instrumenta una pretensión principal ante este Tribunal y otra subsidiaria. La principal, que se anule el acto impugnado y se acuerde la adjudicación del contrato a la UTE FCC-FOBESA, en su consideración de siguiente licitadora con mayor puntuación (a su juicio, se han de excluir a la 1ª y a la 2ª) y, la subsidiaria, que se ordene la retroacción de las actuaciones al momento de efectuar una nueva valoración de las ofertas presentadas, partiendo del rechazo de las ofertas económicas de la UTE ACCIONA-TETMA y de la UTE CESPAS-ADDA OPS por incumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego y ponderando la circunstancia

de la inadecuada valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, pues, en su consideración, no se encuentran debidamente motivados.

Quinto. El órgano de contratación, en el informe emitido el 11 de julio de 2013, expone que:

1. Para comenzar, expresa una causa de inadmisión del recurso pues, a su juicio, no concurren los requisitos exigidos en el artículo 40.1, c) del TRLCSP, esto es, que la duración de la gestión de servicio público sea superior a 5 años (si concurre) sumado a que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 €. Pues bien, en una abundante argumentación expresa que de los requisitos enunciados no se da el relativo al presupuesto de gastos de primer establecimiento, por lo que a su juicio, sin más se ha de decretar la inadmisión de plano del presente recurso especial. Considera que puede equiparse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento a que se refiere el artículo 40.1, c) del TRLCSP, con el concepto contable que se contenía en la normativa contable anterior, puesto que la normativa contable actual no regula los gastos de primer establecimiento. Cita Sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, e insta al Tribunal que, sin entrar en el fondo del asunto, acuerde la inadmisión. Del mismo modo, el órgano de contratación manifiesta que no cabe el recurso pues se trata de una mera propuesta de adjudicación procedente de la mesa y se trata de un acto de mero trámite irrecurrible, por lo que no es posible la formalización del presente recurso hasta que se adopte el acuerdo de adjudicación del contrato por parte del órgano de contratación.
2. Sobre la inadecuación jurídico material de las ofertas económicas, el órgano de contratación en su informe estima que la posición de la recurrente está contemplada desde una perspectiva “desenfocada”. En sus considerandos cree que el Plan Económico Financiero no reviste carácter contractual, como se pretende de adverso, y cita la Disposición general 25 del PCAP, por lo que carece de relevancia contractual. Literalmente afirma que, “(...) *carece de relevancia contractual anudado al sistema de determinación de precios del contrato, el de precios unitarios, por lo que el mismo contiene la justificación de precios de su oferta (precio unitario) por lo que reviste valor informativo como justificación de*

precios a semejanza del cuadro de precios descompuesto en el contrato de obras". Por consiguiente, estima que el plan económico financiero no es esencial en la formalización de las proposiciones económicas, sino que sólo ostenta un valor informativo, lo que en opinión del órgano de contratación reviste carácter contractual es el **coste unitario ofertado y los coeficientes de la fórmula de revisión de precios**, todo ello, además, guarda coherencia con el modelo de la proposición económica que se adjunta al PCAP, donde se distinguen los siguientes conceptos esenciales y determinantes de aquélla. A saber:

- Tarifa centro de gravedad ofertada.
- Coste del kilómetro ofertado.
- Horquilla simétrica de variación del volumen total de toneladas de residuos a recoger y transportar para todos los tipos de residuos según datos contemplados en el programa económico base de licitación referidos a 31.12.2011 y para toda la anualidad, para el caso de modificación del contrato y no se produzca ninguna indemnización en ambos sentidos.
- Número total de kilómetros ofertados a ejecutar para la gestión de servicio público de recogida y transporte de residuos urbanos o municipales según oferta, que permita alcanzar los resultados de gestión fijados en el PPTP para cada tipología de residuo y núcleo poblacional ofertado, incluyendo el transporte (ida y vuelta) al complejo ambiental o planta de transferencia según corresponda.
- Horquilla simétrica de variación del número total de kilómetros ofertados a ejecutar para la gestión del servicio público de recogida y transporte de los residuos urbanos o municipales según oferta, que permita alcanzar los resultados de gestión fijado en el PPTP para cada tipología de residuo y núcleo poblacional ofertado.
- Coeficientes de la fórmula de revisión de precios de conformidad al artículo 31.4 del pliego.

Pues bien, concluye el órgano de contratación que todos estos parámetros del modelo de la proposición económica anexo al PCAP han sido debidamente cumplimentados por la UTE para cuya adjudicación se ha formulado la propuesta

por la mesa de contratación, resultando esencial la **tarifa centro de gravedad base de la licitación** calculada según la metodología expuesta, y que se fija en 75,75 €, no admitiéndose oferta alguna que supere dicha cantidad.

Concluye, en este apartado, el informe afirmando que no existe motivo para el rechazo de la oferta económica de la UTE ACCIONA-TETMA, pues, ni incumple las prescripciones del PCAP, ni nos hallamos ante un supuesto de rechazo de los enunciados en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001.

3. Sobre la arbitrariedad en la valoración de las ofertas técnicas en seguida advierte el órgano de contratación que resulta, cuanto menos, paradójico que, siendo la oferta de la recurrente la que mayor puntuación obtuvo, invoque el referido motivo. Con base en la discrecionalidad técnica ponderada para la selección de la oferta económicamente más ventajosa en su conjunto, el órgano de contratación precisa que, en todo momento, se ha reflejado una valoración imparcial y motivada de las ofertas presentadas. Trae a colación varias resoluciones judiciales sobre la discrecionalidad técnica que conlleva la valoración de los criterios técnicos subjetivos dependientes de un juicio de valor y, a renglón seguido, pasa a analizar cómo se han ponderado cada uno de los subcriterios atacados por la recurrente.

Por todo ello, finaliza el órgano de contratación pidiendo la inadmisión del recurso y, subsidiariamente, la desestimación con arreglo a los razonamientos jurídicos desarrollados con gran detalle.

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes, hemos de analizar, en primer lugar, la causa de inadmisión alegada por el órgano recurrente sobre el artículo 40.1, c) del TRLCSP. En efecto, del abundante informe remitido a este Tribunal destaca un motivo de inadmisibilidad del recurso basado en que no concurren los dos requisitos que para el contrato de gestión de servicios públicos exige el precepto referido, por un lado, la duración superior a cinco años sumado a que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 € (IVA excluido).

Es este extremo, el presupuesto de gastos de primer establecimiento donde el órgano de contratación se apoya para considerar que no alcanza dicha cifra y que, por ende, de



plano, sin entrar en el fondo del asunto se ha de proceder a la inadmisibilidad del recurso especial.

Hay que recordar, a este respecto, como ha afirmado este Tribunal en la Resolución nº 43/2012 y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en los Acuerdos nº 44/2012 y 6/2013, que no existe en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública ninguna referencia específica a la regulación de qué debe entenderse por **presupuesto de gastos de primer establecimiento**.

Esta ausencia o carencia normativa, motiva la necesidad de realizar una labor interpretativa para averiguar la voluntad del legislador al hacer depender, de la cuantificación de dicho presupuesto, notables consecuencias jurídicas.

Se alega por el órgano de contratación que debe acudir a la normativa contable para determinar cuáles son los gastos de primer establecimiento. Para apoyar tal afirmación, se aporta y cita el Plan General de Contabilidad de 1990, Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo y parte de la equiparación de presupuesto de gastos de primer establecimiento a los gastos que resultan indispensables para crear una empresa. *“Tales gastos, los de primer establecimiento, son referidos reglamentariamente al inicio de la actividad de la empresa”* (Sentencia TS de 5 de enero de 2010).

En este sentido, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ha considerado desde su Acuerdo 44/2012, que no puede equipararse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, con el concepto contable que se contenía en la normativa contable anterior (actualmente derogada).

Por consiguiente, no podemos equipar el concepto de gastos de primer establecimiento con su concepto contable sino que, más bien, se trata del coste de establecimiento del servicio que puede completarse conceptualmente con lo previsto en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955 para la concesión como fórmula de gestión indirecta de los servicios públicos de titularidad municipal.



A mayor abundamiento, en el expediente de contratación elevado a este Tribunal, se infiere que el coste del establecimiento ya fue previsto por la propia Corporación Municipal, en virtud de lo dispuesto en el **Proyecto de Explotación del Servicio** cuyo **Capítulo 1** se refiere al importe de la inversión y financiación de la inversión estimada con el siguiente tenor literal: *“El importe de la inversión como hipótesis teórica del servicio (suministro y colación de seis islas de soterrados, así como la adquisición de contenedores) en el conjunto del servicio público, incluyendo los gastos de licitación y la asunción por parte del concesionario del coste del servicio de asesoramiento externo contratado para la confección del expediente de contratación asciende a 660.013,22 €”*.

De esta guisa, y siguiendo lo afirmado por este Tribunal en la Resolución nº 43/2013 dictada en el recurso nº 340/2012, cuando el artículo 40.1, c) del TRLCSP alude a los contratos cuyo *“presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 €”* dicha expresión ha de entenderse únicamente alusiva al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato debe asumir, a results de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido. En igual sentido, se ha pronunciado este Tribunal en la reciente Resolución nº 113/2013, a favor de la admisión del recurso. Por ello, la Resolución nº 43/2013 en su fundamento de Derecho Quinto aclara que: *“A mayor abundamiento, no puede dejar de señalarse que, de no entenderse así, se estaría dejando, en último extremo, al albur del órgano de contratación el eventual acceso en estos contratos al recurso especial en materia de contratación cualquiera que llegase a ser, finalmente, su duración. Y es que, en la medida en que el artículo 278 TRLCSP no establece (al margen del límite absoluto a la duración total del contrato) límite relativo alguno a las prórrogas en función del plazo de duración inicial del contrato (por contraste con lo que resulta, para el contrato de servicios, del artículo 303 del mismo texto legal, en el que claramente se indica que las prórrogas no podrán superar “aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente”) bastaría con que aquéllos fijasen como plazo inicial de ejecución de los contratos de gestión de servicios públicos, en todo caso, uno inferior a los cinco años expresados en el artículo 40.1.c) para que quedase con ello vetado el acceso al recurso especial en materia de*

contratación y ello con independencia de que la duración total del contrato pudiera luego alcanzar los muy extensos plazos (de hasta cincuenta años, según los casos) previstos en el artículo 278 TRLCSP.

Es evidente, a nuestro entender, que dicho resultado sería manifiestamente contrario al espíritu y finalidad de la norma (que no es, a todas luces, otro que el de reservar y, a la par, posibilitar, el acceso al recurso especial en materia de contratación a los contratos de gestión de servicios públicos que se juzgan de mayor importancia), criterio prevalente de interpretación de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil”.

A fin de trasladar dicha conclusión al caso concreto que nos ocupa, en este caso, puede comprobarse que el proyecto de explotación en su Capítulo 1 prevé una inversión inicial equiparable al concepto legal de “gastos de primer establecimiento” superior a la reiterada cifra de 500.000 €, por lo que, en principio, por razón del contrato concurren los requisitos del artículo 40.1, c) del TRLCSP y, por ello, se ha de rechazar el motivo de inadmisión esgrimido por el órgano de contratación.

De igual manera, hemos de evaluar que, si bien, nos encontramos ante un acto de trámite no cualificado, esto es, la propuesta de adjudicación del contrato elevada por la mesa de contratación, cuando lo que se ha de impugnar es la siguiente actuación, la adjudicación que ha de decretar el órgano de contratación “ex” artículo 40.2, b) del TRLCSP, dado la inminente secuencia de las actuaciones procedimentales, este Tribunal considera que se ha de proceder al estudio de las alegaciones vertidas sobre el fondo del asunto: el rechazo de la oferta económica de la adjudicataria y la arbitrariedad en la valoración de los criterios técnicos no sujetos a fórmulas objetivas sino a criterios o juicios de valor.

Séptimo. Hemos de examinar si procede el rechazo de la oferta económica de la UTE ACCIONA-TETMA que ocupó el primer lugar en las puntuaciones fruto de la integración de los informes técnicos y económicos. Ello nos obliga al estudio del clausulado del PCAP para este contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad concesional y, en concreto, al análisis de cómo se ha cumplimentado el modelo de proposición económica contenida en el Anexo I del referido PCAP, del mismo modo, se ha de examinar qué consecuencias jurídicas surte la eventual ausencia o las deficiencias del

plan económico financiero esgrimido por la recurrente. Todo ello, al abrigo de la nutrida doctrina fijada por este Tribunal en relación con el carácter preceptivo del clausulado de los pliegos en particular y, de la documentación contractual en general, aprobada por el órgano de contratación, con una eficacia de *lex contractus*. Sirva por todas ellas, la Resolución nº 153/2013 dictada en el recurso nº 172/2013.

Desde esta eficacia jurídica vinculante hemos de analizar cómo el pliego de cláusulas administrativas particulares contempla la presentación de las proposiciones económicas a ofertar por los licitadores. Al respecto encontramos las siguientes:

- **Cláusula 4. Valor estimado del contrato.** Prescribe esta cláusula en el apartado 1 que, *“El valor estimado del contrato (IVA no incluido), a los meros efectos de determinar el procedimiento de adjudicación y las normas de publicidad, puesto que el contrato se licita a razón de **precios unitarios** por encima del cual no se admitirá oferta alguna asciende a la cantidad de 11.831.639,27 €”*. Desglosado el presupuesto en las anualidades descritas desde el 2013 hasta el 2022 (ambos inclusive) dicha **cláusula 4.1** advierte que, *“Para la determinación del valor estimado del contrato se toma en consideración la justificación de precios base de licitación incorporada como anejo al proyecto de explotación, que parte de considerar la previsión de gastos e ingresos para la anualidad 2013, aplicando a las siguientes anualidades, una actualización del 2,5 % tanto a los ingresos como a los gastos. Esta metodología deberá ser considerada por los licitadores al confeccionar su oferta”*. Dado que se licita a razón de precios unitarios esta misma cláusula en su apartado 2 previene que, *“Los precios unitarios base de licitación son los contemplados en el programa económico orientativo base de licitación, tendrá el carácter de máximo debiendo los licitantes presentar oferta para todos y cada uno de los precios base al objeto de aplicar los criterios de valoración y su ponderación, sin que, en ningún caso, excedan de los citados precios base, siendo motivo de rechazo la proposición que supere las mismas”*. Como elementos esenciales de la oferta que realicen los licitadores la **cláusula 4.2** determina que son los siguientes y que han de venir reflejados por separado:

- o Precios unitarios ofertados referidos al coste por tonelada/año de RSU, coste por tonelada/año envases y coste por tonelada/año papel y cartón, de aplicación a los diferentes tipos de residuos a recoger y transportar.*
 - o La tarifa centro de gravedad base de licitación (IVA no incluido), calculada según la metodología descrita en el punto anterior y en aplicación de las variables consideradas en el programa económico orientativo base de licitación, se fija en 75,76 €, no admitiéndose oferta alguna que supere la citada cantidad. En el programa económico base de licitación se han empleado precios referidos a la anualidad 2013, excluyendo el IVA; todo ello, con objeto de que sea considerado por los distintos licitadores”.*
- **Cláusula 14. Contenido de la proposición.** Cuando se refiere al sobre “C” relativo a la documentación económica relativa a los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas establece que *“El contenido de la oferta económica será redactado según el modelo **anexo I** al presente pliego, sin errores o tachaduras que dificulten conocer claramente lo que el órgano de contratación estime fundamental para considerar las ofertas y que, de producirse, provocarán que la proposición sea rechazada. En la proposición económica, que no deberá superar ni los precios unitarios base de licitación, ni el valor estimado del contrato establecido en la cláusula 4 del presente pliego, deberá indicarse como partida independiente, el importe del IVA que deba ser repercutido”.* Y continúa afirmando que, *“Deberá considerarse por los licitadores que la justificación de precios empleada por la administración en el programa económico orientativo base de licitación se refiere a los valores de la anualidad 2013, tanto en la justificación de gastos como de los ingresos, de forma que el resto de las anualidades contempladas en el cuadro de flujos se refieren a euros corrientes de cada anualidad, aplicando la anualidad anterior, tanto en el apartado de ingresos como de gastos, un incremento del 2,5 % como entorno inflacionario previsto que no podrán alterar los licitantes, siendo motivo de rechazo su modificación”.* Y, a renglón seguido, una vez determinado el contenido de la oferta económica, dado que el sobre “C” se refiere a los criterios cuantificables mediante la aplicación de

fórmulas, esta Cláusula 14 del PCAP previene que en relación con los **restantes criterios de adjudicación**, se deberá aportar lo siguiente:

- o Plan económico-financiero aportado según programa económico orientativo base de licitación ofertado por la administración.*
- o Horquilla simétrica de variación del volumen total de toneladas de residuos a recoger y transportar para todos los tipos de residuos según datos contemplados en el programa económico base de licitación referidos a 31.12.2011 y para toda la anualidad, para el caso de modificación del contrato y no se produzca ninguna indemnización en ambos sentidos (...), debiendo fijar la oferta los umbrales mínimos y máximos de oscilación del número de toneladas anuales para todos los tipos de residuos, que deberá oscilar entre un menos 50% y un más 50% sobre las toneladas descritas base de licitación, dentro de los cuales se entenderá que no existe ruptura del equilibrio económico de la concesión.*
- o Horquilla simétrica de variación del número total de kilómetros ofertados a ejecutar para la gestión del servicio público de recogida y transporte de los residuos urbanos o municipales según oferta, que permita alcanzar los resultados de gestión fijados en el PPTP para cada tipología de residuos y núcleo poblacional ofertado, incluyendo el transporte (ida y vuelta) al complejo ambiental o planta de transferencia según proceda, para el caso de modificación del contrato y no se produzca ninguna indemnización en ambos sentidos. A estos efectos, se entiende que la concesión mantiene el equilibrio económico con el número total de kilómetros ofertados; debiendo fijar en la oferta umbrales mínimos y máximos de oscilación del número de kilómetros anuales para los tipos de residuos, que deberá oscilar entre un menos 50% y un más 50% sobre los kilómetros totales anuales ofertados, dentro de los cuales se entenderá que no existe ruptura del equilibrio económico de la concesión.*
- o Tarifa centro de gravedad ofertada.*

- o *Coeficientes de la fórmula de revisión de precios de conformidad con el artículo 31.4 de este pliego, a dos decimales como máximo.*

La consecuencia jurídica de la no aportación de alguno de estos elementos propios de los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas viene prevista en la referida **cláusula 14 in fine** con el siguiente tenor: *“Si algún licitador no aporta la documentación relativa a alguno de los criterios a que se refiere este apartado, o la misma no contiene todos los requisitos exigidos en los párrafos anteriores, la proposición de dicho licitador no será valorada al respecto del criterio de que se trate”.*

Al amparo de estas cláusulas hemos de analizar si la proposición económica formalizada por la UTE ACCIONA –TETMA se ajusta a las prescripciones del pliego y, en caso contrario, qué tratamiento ha de darse a la ausencia o a la incorrección de un plan económico financiero ofertado por la licitadora según el programa económico orientativo base de licitación elaborado por la Administración.

La documentación económica relativa a los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas presentada por la UTE ACCIONA-TERMA con gran claridad distingue dos apartados:

- a) **La oferta económica:** se acoge al modelo Anexo I del PCAP. De esta forma, y siguiendo literalmente los seis puntos contemplados en el referido Anexo, la UTE ACCIONA-TETMA dentro de los límites marcados en el pliego oferta, completa cada uno de ellos. A saber: la tarifa centro de gravedad con el coste unitario para cada tipología residuo a razón de tonelada y año sin IVA; el coste del kilómetro ofertado; la horquilla simétrica de variación del volumen total de toneladas de residuos a recoger y transportar para todo tipo de residuos; el número total de kilómetros ofertados a ejecutar para la gestión del servicio público; la horquilla simétrica de variación del número total de kilómetros ofertados y los coeficientes de la fórmula de revisión de precios.
- b) **La memoria económica:** donde se complementan los elementos relacionados en la cláusula 14 del PCAP. Del índice de contenidos relacionados por la licitadora se coligen los siguientes: los precios unitarios, los costes indirectos variables, gastos

generales y beneficio industrial – en donde se contiene en su apartado 3.1 el plan económico financiero ofertado-, y la valoración económica de las mejoras. Lo cierto es que, de los elementos relacionados en la cláusula 14ª del PCAP relativos a los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas cotejados con la documentación relacionada por la UTE adjudicataria, se cubren los mínimos exigidos en cuanto a la valoración de la horquilla simétrica de variación del volumen total de toneladas de residuos a recoger y transportar; la horquilla simétrica de variación del número total de kilómetros ofertado; la tarifa centro de gravedad y los coeficientes de fórmula de revisión de precios dentro de los límites señalados en el cláusula 31.4ª del PCAP.

Por lo tanto, queda por analizar si el documento reflejado con el punto 3.1 de la memoria económica de la UTE ACCIONA-TETMA cumple con las exigencias requeridas en la cláusula 14ª del PCAP con el siguiente tenor: *“Plan económico- financiero ofertado según programa económico orientativo base de licitación elaborado por la Administración. Su contenido será redactado según modelo, sin errores o tachaduras que dificulten conocer claramente lo que el órgano de contratación estime fundamental para considerar las ofertas, en cuyo caso, la proposición será rechazada y se aportará la documentación que estime el contratista y que sirva para valorar los criterios de valoración de esta licitación. Deberá considerarse por los licitantes que las magnitudes económicas empleadas en el estudio económico orientativo elaborado por la Administración toman como base la anualidad 2013, tanto para los precios unitarios, como para la justificación de los gastos, en todo caso, se estará a las determinaciones de la cláusula 4 del pliego”*.

Analizado el plan económico financiero ofertado, hemos de matizar que no forma parte estrictu sensu de la proposición económica sino que se trata de un documento en que, siguiendo el propio marcado por la Administración titular del servicio, la licitadora marca las pautas de las que infiere los precios directos del servicio a realizar, con lo que se trata, en esencia, de un documento estrictamente informativo, tal y como aclara en su informe el órgano de contratación. Por ello, en principio, el plan económico financiero existe, si bien, puede resultar incompleto pues, del mismo, únicamente se deducen los costes directos de la mano de obra, de la maquinaria y de materiales varios, sin embargo, su brevedad no puede equipararse a un rechazo frontal de la oferta económica.

No olvidemos que nos hallamos ante la formalización de la documentación de los sobres C para la valoración de los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, esto es, los criterios objetivos. La sanción o consecuencia jurídica de la defectuosa aportación de dichos extremos viene reflejada en el propio pliego, **cláusula 14ª in fine** que reza así: *“Si algún licitador no aporta la documentación relativa a alguno de los criterios a que se refiere este apartado, o la misma no contiene todos los requisitos exigidos en los párrafos anteriores, la proposición de dicho licitador **no será valorada respecto del criterio de que se trate**”*.

Pues bien, aún reputándose defectuoso el plan económico financiero adjunto a la memoria económica de la UTE ACCIONA-TETMA no podemos compartir el criterio de rechazo de la proposición económica reclamada por la UTE recurrente, dado que, en efecto, la proposición ha reunido todos los elementos contenidos en el Anexo I sin superar los umbrales de los precios unitarios y, por otro lado, la brevedad del referido plan o su inconcisión únicamente ha de provocar que no sea valorado en los términos que, con carácter preceptivo, impone la cláusula 14ª del PCAP.

El rechazo de las proposiciones económicas ha de ser analizado y así se ha hecho por este Tribunal con cautela y aplicando los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica, además de traer a colación la normativa reglamentaria sobre la materia. Nos referimos al Real Decreto 1098/2001.

El **artículo 84 del Real Decreto 1098/2001**, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP) dispone que: *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de 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 le 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”*.

De una interpretación conjunta y sistemática de este precepto junto con las cláusulas 4ª y 14ª del PCAP nos conducen a rechazar el motivo de impugnación aducido por la UTE FCC-FOBESA, pues la proposición económica de la UTE a la que la mesa de contratación propuso su adjudicación, no está incurso en un vicio sancionable con el rechazo, dado que, ni se excede del presupuesto base de licitación, ni modifica sustancialmente el modelo establecido, ni adolece de error o inconsistencia que le hacen inviable. Al contrario, la proposición económica de la UTE ACCIONA-TETMA respeta los términos del modelo de proposición contenido en el pliego y guarda respeto a los precios unitarios sin exceder de la tarifa centro de gravedad base de licitación fijada en el PCAP en 75,76 €, IVA excluido. En definitiva, la proposición económica, no ha superado, ni los precios unitarios base de licitación, ni el valor estimado del contrato establecido en la cláusula 4 del presente pliego, por lo que la actuación de la mesa de contratación al decretar su admisión y proceder a su valoración resulta ajustada tanto al PCAP como a la normativa contractual.

Octavo. Por lo que respecta a la alegación sobre la **arbitrariedad y falta de motivación** en la valoración de los criterios subjetivos dependientes de un juicio de valor, hemos de traer a colación la doctrina sobre la discrecionalidad técnica.

La jurisprudencia ha venido señalando que, en el ámbito de la contratación, la Administración puede valorar las ofertas presentadas dentro de un cierto margen de **discrecionalidad técnica** para verificar cuál sea justamente la "proposición más ventajosa" (SS TS 16-6-00, RJ 6022 y 23-6-00, RJ 6024). Ello no es obstáculo para afirmar que los Tribunales pueden valorar si la actuación de la Administración en la valoración de los criterios de adjudicación ha sido arbitraria, o si entra dentro de los límites de la discrecionalidad administrativa (SsTS 18-7-00, RJ 7428 y 4-6-02, RJ 7927). Toda esta línea jurisprudencial es seguido por este Tribunal, entre otras, en la Resolución nº 2/2013.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 julio 2000 señala que la normativa en materia de contratación administrativa atribuye a la Administración, primero, la facultad de precisar en el pliego de cláusulas los criterios básicos a tener en cuenta para adjudicación y, luego, tras la apertura por la mesa de contratación de las proposiciones presentadas por los licitadores y la elevación del acta y las observaciones pertinentes, la

de adjudicar a la oferta "más ventajosa" el correspondiente contrato, afirmando a continuación que:

"Ahora bien, lo que resulta indudable es que el control judicial del ejercicio de la facultad de que se trata ha de utilizar necesaria y exclusivamente criterios o parámetros jurídicos que afectan a los elementos reglados de competencia y procedimiento, a la observancia por la resolución del concurso de los criterios establecidos en el pliego de condiciones que le rigen, y la propia desviación de poder. Y no es posible que el Tribunal, al margen de dichos elementos de control de la potestad administrativa, o del de los conceptos jurídicos indeterminados señale, con base en un criterio propio, la proposición "más ventajosa" o más útil para el servicio.

*Conforme a dicha técnica de los conceptos jurídicos, junto a las zonas de certeza positiva y negativa, se distingue un llamado "**halo o zona de incertidumbre**", en relación con el cual -sin hacer, por supuesto, aplicación de la presunción iuris tantum de validez de los actos administrativos, ni rescatar siquiera la doctrina que otorgaba a la Administración el "beneficio de la duda" en los casos complejos en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso- sí resulta necesario, para rectificar la apreciación que de aquél haga la Administración, acreditar que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad, si se trata de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos, como ocurre, de manera característica, con la proposición "más ventajosa" o "más conveniente" (Cfr. STS 25 mayo 1998)."*

Por todas las razones expuestas, este Tribunal considera que la valoración de los criterios de adjudicación no se ha realizado de manera arbitraria o discriminatoria, ni se ha producido un error material al efectuarla, sin que existan razones para que pueda este Tribunal sustituir la valoración de los criterios de adjudicación que se ha hecho por los técnicos.

Al contrario, pues en el informe realizado para la valoración de la oferta de los criterios sometidos a juicio de valor cuyos subcriterios se hallan debidamente ponderados (máximo de 5 puntos cada uno de ellos), en el PCAP con gran profundidad y detalle se valoran de forma comparada entre los licitadores cada uno de ellos, resultando



debidamente motivados y dando cumplimiento a las exigencias que para la motivación refiere el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Y habida cuenta de que, como se ha examinado anteriormente, el análisis por parte de este Tribunal de la valoración técnica de los criterios de adjudicación debe limitarse a los aspectos formales de la misma, tales como las normas de competencia de procedimiento, y a examinar que en la valoración no se hayan aplicado los criterios de forma arbitraria o discriminatoria, o se haya producido un error material al efectuarla, y que fuera de estos supuestos, el Tribunal debe respetar, siguiendo la doctrina sobre la discrecionalidad técnica sentada por nuestro Tribunal Supremo, la valoración de los criterios de adjudicación que se hayan hecho por los técnicos, procede desestimar también esta alegación vertida por la UTE recurrente y, en suma, nos conduce a la desestimación del presente recurso por no quedar acreditado que haya concurrido ninguna de las causas aquí descritas.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. S.O.C. en representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (FCC) y D. J.P.M.M. en representación de FOBESA GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL, S.A. (FOBESA) contra la propuesta de adjudicación decretada por la Mesa de Contratación en el *“contrato de gestión del servicio público de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos o municipales así como de lavado y limpieza de contenedores del municipio de Vinaroz (Castellón)”*, por considerar que la misma es ajustada a Derecho.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.