



Recurso nº 1003/2015

Resolución nº 983/2015

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

En Madrid, a 23 de octubre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D^a M. F. B., en nombre y representación de CESPA, GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.U. (en adelante, CESPA o la recurrente), contra la exclusión de su oferta en la licitación del lote I del contrato de *“Servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y residuos selectivos en los centros de la Corporación RTVE en Madrid y Barcelona”* (expediente 2015/10090), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Corporación de Radio y Televisión Española, S.A. (en lo sucesivo, RTVE o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, los días 14 y 17 de julio de 2015, respectivamente, licitación para la contratación del servicio de recogida de residuos en sus centros de Madrid y Barcelona. El valor estimado del contrato, para el conjunto de los dos lotes en que se divide, se cifra en 1.386.210,55 euros. Para el lote I (con valor estimado de 1.283.754,92 euros), presentaron oferta y fueron admitidas cinco empresas, entre ellas la ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público –cuyo texto refundido de (TRLCSF en adelante), fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, y en las disposiciones que la desarrollan. El contrato se clasifica en la categoría 16 del Anexo II del TRLCSF y, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. En las cláusulas 9 y 10 del Anexo II del Pliego de cláusulas administrativas (PCA), se establece el procedimiento de adjudicación y los criterios de valoración de las ofertas:

“9) Fases del procedimiento de adjudicación.

El procedimiento de adjudicación se realizará en dos fases conforme a las siguientes condiciones:

- En la primera fase se procederá a seleccionar a aquellas empresas que, de acuerdo con los criterios de valoración que figuran a continuación, obtengan una puntuación igual o superior al 80% en la oferta económica.*
- En la segunda fase, las empresas seleccionadas podrán mejorar su oferta económica,...*

10) Criterios de valoración de las ofertas.

Los criterios objetivos que servirán de base para la adjudicación serán los siguientes:

- ***Condiciones Económicas: 100 puntos.***

La valoración de los puntos asignados al precio, se repartirán conforme a la siguiente fórmula:

Puntos oferta X = PPMM – [(Oferta X – Oferta más baja) / (Oferta más baja/PPMM)]

Siendo PPMM la puntuación asignada a las condiciones económicas.

...

Para la valoración económica se tendrán en cuenta la suma del importe de los años de contrato más las posibles prórrogas”.

Por su parte, en el Anexo I del PCA, relativo al modelo de oferta económica se especifica en el apartado A, que: *“En la proposición de oferta no se podrá modificar la cantidad que corresponde al importe variable en ninguno de los lotes. La valoración económica de las ofertas se hará teniendo en cuenta, únicamente, los importes fijos y los importes unitarios ofertados a continuación”.*

Según se especifica en el Anexo II, lo que se denomina como *“Importe Variable”*, tiene una cuantía fija anual de 188.377,56 € (detallada también en el modelo de oferta), que el licitador no puede modificar y que incluye los importes de tasas, transportes y gastos de personal, *“así como un posible mayor número de servicios de cualquiera de los conceptos ofertados por los licitadores según precios unitarios mensuales para cada uno de los lotes”.*

El importe fijo por tanto, es sobre el que los licitadores presentan su oferta. El PCA establece su valor máximo y lo detalla según precios unitarios por mes y tipo de contenedores, cuyas unidades especifica cada uno de los centros. Los licitadores presentan su proposición con el detalle de los precios unitarios que ofertan y el importe fijo total que resulta de aplicar los mismos a las unidades fijas establecidas.

En el modelo de oferta se deben consignar también bajo el título de *“Abonos a la Corporación RTVE”*, los importes unitarios ofertados por tonelada de tres tipos de residuos:

“Cartón y papel; Plástico film y Chatarra”. Para cada tipo se especifica en el modelo de oferta el importe mínimo por tonelada.

Cuarto. Cumplidos los trámites pertinentes, el 31 de agosto se procedió a realizar la apertura pública de proposiciones técnicas y económicas. Para el lote I, cuatro de las ofertas se calificaron técnicamente como aptas. De acuerdo con lo establecido en el PCA a tres de las licitadoras (entre ellas CESPAS), se les invitó a mejorar su oferta económica por cuanto se consideró que las tres, obtenían *“una puntuación igual o superior al 80% en la oferta económica”*, es decir, más de 80 puntos.

Tras la petición de reconsideración por parte de uno de los tres licitadores (FCC Ámbito, S.A., que había presentado la oferta con menor importe fijo: 87.704,41€), se consideró que se había cometido un error en la fórmula aplicada para puntuar las ofertas, por cuanto se había considerado la oferta total (suma de los importes denominados fijo y variable), lo que proporcionaba una puntuación superior a la deducida de aplicar sólo el importe fijo. Puesto que en el modelo de presentación de ofertas sólo se hace referencia a que *“la valoración económica de las ofertas se hará teniendo en cuenta, únicamente, los importes fijos y los importes unitarios ofertados a continuación”*, se consideró que la fórmula de valoración debe referirse sólo a esos importes fijos. Con tal criterio, a CESPAS (importe fijo ofertado de 135.417€), le correspondían sólo 45,60 puntos, por lo que se anuló la 2ª ronda de mejora de oferta económica. La rectificación se comunicó a la recurrente el 10 de septiembre, con la indicación de que *“por error, se les ha solicitado mejora para el lote 1, NO DEBIENDO HABERLES CONVOCADO A DICHA SEGUNDA RONDA, ya que su oferta al lote 1 no ha superado los baremos establecidos en los pliegos para la 1ª fase de la licitación, ya que su oferta al lote 1 no ha superado los baremos establecidos en los pliegos para la 1ª fase de la licitación”*.

El Comité de Compras de la Corporación RTVE, propuso la adjudicación en favor de FCC Ámbito, S.A., (en adelante FCC o la adjudicataria). Así lo acordó el órgano de contratación el 30 de septiembre. El acuerdo se notificó a CESPAS el mismo día.

Quinto. Contra su exclusión de una segunda fase de la licitación, CESPAS, previa comunicación a RTVE, ha interpuesto recurso especial en materia de contratación, presentado en el registro de este Tribunal el 28 de septiembre de 2015. Considera que la interpretación del órgano de contratación carece de sentido, por cuanto lleva a que la oferta

más alta obtenga una puntuación negativa y restringe la libre concurrencia ya que una mínima diferencia en la oferta total implica la exclusión de la 2ª fase de la licitación. La oferta de CESP (la segunda mejor en precio) era apenas un 5,7% superior a la de FCC, y si lo que pretendía el órgano de contratación era seleccionar para la segunda fase a un número reducido de licitadores, manifiesta la recurrente que no es admisible que la fórmula *“sirviera directamente para excluir a la totalidad de licitadores, a excepción, lógicamente, del licitador adjudicatario”*.

Señala que la cláusula 10 del Anexo II del PCA, transcrita en el antecedente tercero cuando hace referencia *“a los términos «oferta X» y «oferta más baja», sólo puede referirse al precio global ofertado (y no sólo a los «importes fijos»)”. Cuestiona que la referencia a los “importes fijos”, sólo se haga en el modelo de presentación de ofertas (Anexo I del PCA) y no en el apartado destinado a describir los criterios de adjudicación y su valoración. Además, la referencia del Anexo I a que solo se tendrán en cuenta “los importes fijos y los importes unitarios ofertados a continuación”, es también confusa porque lo que se introduce a continuación de dicha frase es el cuadro con los importes ofertados, que incluye tanto los “importes fijos”, como los “importes variables”.*

Manifiesta que, en todo caso, los pliegos inducen a confusión y que en aplicación de una cláusula oscura no puede excluirse a un licitador.

Por último, hace referencia a determinados antecedentes del procedimiento de licitación en los que pone de manifiesto que en una convocatoria anterior (febrero de 2015) *“una empresa del grupo FCC - actual contratista - presentó dos ofertas alternativas”, por lo que, dado que no se aceptaban variantes, debió ser excluida, si bien “ tras un periodo de paralización del presente procedimiento de licitación, el órgano de contratación procedió a desistir del mismo, informando a los licitadores que habían detectado un «defecto insubsanable», sin informar de cuál había sido el defecto detectado”*.

Sexto. El 1 de octubre de 2015 se recibió en el Tribunal copia del expediente junto al informe del órgano de contratación en el que solicita la desestimación del recurso. Alega que si CESP *“entendía que había una contradicción entre lo establecido en el Anexo 1 - modelo de proposición económica y la cláusula décima del Anexo II del pliego, debería haber impugnado los pliegos”*. Sostiene que la exclusión ha respetado los pliegos, que no han sido objeto de impugnación por lo que el recurso debe ser desestimado.

Séptimo. El 5 de octubre, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que formularan las alegaciones que considerasen pertinentes, con el resultado que obra en el expediente del litigio.

Octavo. El Tribunal, mediante acuerdo de 8 de octubre, resolvió conceder la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la exclusión de la segunda fase de la licitación en un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de dicha norma.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de uno de los licitadores. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44.

Tercero. La fórmula para puntuar las ofertas se refiere exclusivamente a las **condiciones económicas**, tal como se recoge en la cláusula 10 del Anexo II del PCA, transcrita en el antecedente tercero. Tales condiciones económicas incluyen tres componentes: i). Un “*importe variable*”, que es fijo y no se puede modificar (188.377,56 €/año en el lote I); ii). Un “*importe fijo*”, distinto en cada oferta y deducido de los precios unitarios ofertados por cada licitador para el alquiler de la dotación de contenedores requeridos en el Pliego de prescripciones técnicas (PPT), cuyo importe total, correspondiente a los precios unitarios máximos, se establece en 90.699,60 €/año, y iii). El abono a RTVE por las toneladas de tres tipos de residuos (cartón y papel, plástico film y chatarra), para los que se establecen unos importes unitarios mínimos por tonelada. En el apartado 4 del PPT se detallan las toneladas/año gestionadas en cada lote, según el tipo de residuos.

Las proposiciones económicas de los licitadores se limitan por tanto al llamado “*importe fijo*” (deducido de los precios unitarios de los contenedores) y a los importes unitarios (precio por tonelada) para abonos a la Corporación RTVE por los tipos de residuos indicados.

Como hemos indicado también en el antecedente tercero, en el anexo I del PCA, correspondiente al modelo de proposición económica se establece que: *“La valoración económica de las ofertas se hará teniendo en cuenta, únicamente, los importes fijos y los importes unitarios ofertados a continuación”*.

Los pliegos no son un modelo de claridad a la hora de determinar lo que se haya de entender por condiciones económicas a valorar de las ofertas (sólo el importe *fijo*, como considera RTVE o también el importe *variable*, como pretende la recurrente, o los *abonos* a RTVE, que se incluyen también en la oferta). Tampoco la denominación de importes *fijos*, que en realidad son los que puede variar cada licitador, parece la más apropiada. En fin, la referencia a los importes unitarios, no parece que incluya los relativos al alquiler de contenedores, que ya están considerados en el importe fijo, pero el órgano de contratación no ha considerado tampoco los de abono a RTVE por gestión de determinados tipos de residuos.

A tenor de las consideraciones anteriores, la lectura de los pliegos en cuanto a la puntuación de las condiciones económicas para determinar los licitadores que pasan a la segunda fase, no es unívoca y, en la medida en que de las cláusulas transcritas del PCA se pueden desprender interpretaciones contradictorias, no puede dudarse de su ambigüedad u oscuridad.

En caso de considerar, como hace el órgano de contratación, que para puntuar las ofertas sólo se debe tener en cuenta el importe fijo de las mismas, sólo una de ellas pasaría a la segunda fase de la licitación, que devendría inútil. De considerar, como pretende CESPA, que se ha de tener también en cuenta el importe variable, tres de las cuatro ofertas admitidas pasarían a esa segunda fase.

Por otra parte, si no se tiene en cuenta en ningún caso el valor unitario ofertado por tonelada para determinado tipo de residuos, parece contradictorio que se pidan ofertas sobre ello y que no se valoren ni tengan en cuenta a la hora de puntuar las condiciones económicas ofertadas. Mientras que el adjudicatario se limita a ofertar los importes mínimos exigidos para los abonos a RTVE, la recurrente ofrece precios por tonelada que, para el volumen de residuos especificados en el PPT en los tipos indicados, supone un precio a abonar a RTVE, 2,7 veces superior al mínimo (el ofertado por la adjudicataria).

Cuarto. No se ha recurrido la cláusula A del anexo I del PCAP relativa a la presentación de la oferta económica y resulta evidente que en la cláusula indicada, transcrita en el antecedente tercero, no se hace referencia alguna al *“importe variable”*, sino sólo al *importe fijo* y a los precios unitarios, de lo que se deduce que para la valoración económica no se tiene en cuenta ese *“importe variable”*.

Como este Tribunal ha declarado reiteradamente, los pliegos deben considerarse como la ley del contrato, a la que han de ajustarse no sólo los licitadores al formular sus proposiciones, sino también los órganos de contratación al seleccionar las ofertas económicamente más ventajosas o, en este caso, las que se admiten en una segunda fase de la licitación.

De acuerdo con ello, el artículo 150.2 del TRLCSP dispone que *“los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”*, de lo que hay que concluir que no pueden utilizarse en la valoración de las ofertas criterios o fórmulas distintas de las que figuren en los pliegos.

Las disposiciones de los pliegos transcritas apoyan la lectura hecha por el órgano de contratación de que, sin considerar por el momento las propuestas relativas a los abonos a RTVE, el *importe variable* (fijo e idéntico en todas las proposiciones) no se tiene en cuenta para puntuar las ofertas.

En conclusión, la interpretación de lo dispuesto en el pliego que ha hecho el órgano de contratación en cuanto a no considerar el *“importe variable”* para la puntuación de las ofertas, debe considerarse correcta y, en este punto, desestimar la pretensión de la recurrente.

Quinto. Si el órgano de contratación consideraba que para seleccionar los licitadores que pasaran a la segunda fase no había que computar los precios unitarios por tonelada de residuos, para que tal interpretación no ofreciera duda, debió indicarlo claramente, o mejor, establecer tales precios mínimos como precios fijos, sin admitir ofertas sobre los mismos. Al no haberlo hecho así, una redacción confusa u oscura no puede perjudicar a los licitadores, como este Tribunal ha manifestado en múltiples resoluciones.

En esas resoluciones (por todas, la Resolución 293/2014, de 4 de abril) ya señalábamos que si las dudas de interpretación en los pliegos no es posible solventarlas de acuerdo con las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público, debe acudir al Código Civil, cuyo artículo 1.288 dispone que *“la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”*. Cuando, como es el caso, los términos de los pliegos no son claros, aun estando a su sentido literal, la oscuridad o ambigüedad en tales cláusulas, en modo alguno puede interpretarse a favor de la parte que la haya ocasionado, esto es, el órgano de contratación.

Admitida por este Tribunal esa oscuridad o ambigüedad en las cláusulas del pliego para determinar los licitadores que pasan a la segunda fase, hemos de aplicar la interpretación lógica más favorable a la libre concurrencia, siempre que no resulte contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación respecto a los licitadores que puedan haber hecho otra deducción de los pliegos.

De acuerdo con tales criterios, en la puntuación de las condiciones económicas debe tenerse en cuenta el *importe fijo* y la oferta relativa a los precios unitarios por tonelada, a abonar a RTVE para el volumen de residuos indicado en el PPT. La valoración económica de las ofertas se hará por tanto, teniendo en cuenta los importes fijos, minorados en los abonos derivados de los importes unitarios ofertados para los abonos a RTVE. En el caso de la adjudicataria, su oferta se cifra, en términos anuales, en un importe fijo de 87.704,40€ y unos precios unitarios de residuos que suponen un abono de 27.495,76€, para el volumen y tipos indicados en el PPT; las condiciones económicas a puntuar en su oferta son por tanto, de 60.208,64 €/año. En el caso de la recurrente el importe fijo ofertado es de 135.417 €/año y los abonos derivados de los precios unitarios ofertados, se cifran en 73.399,40€; las condiciones económicas a puntuar son pues de 62.017,60 €/año.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D^a M. F. B., en nombre y representación de CESPAS, GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.U., contra la exclusión de su oferta en la licitación

del lote I del contrato de “*Servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y residuos selectivos en los centros de la Corporación RTVE en Madrid y Barcelona*” y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas, para tener en cuenta en las mismas los precios unitarios ofertados por tonelada de residuos, de acuerdo con lo establecido en el fundamento quinto.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.