



Recurso nº 436/2021 C. Valenciana 97/2021

Resolución nº 1097/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 9 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. V. G. F. , en nombre y representación de FCC MEDIOAMBIENTE, S.A.U., contra la resolución de adjudicación del lote 1 del contrato “*Servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y red de saneamiento del municipio de Cocentaina*”, con expediente 1021/2020, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 2 de noviembre de 2020 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público Estatal la licitación del “*Servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y red de saneamiento del municipio de Cocentaina*”. Al día siguiente se publicó anuncio en el DOUE.

El valor estimado es de 9.506.295,48€

Segundo. Presentaron ofertas a los lotes 1 y 2, las empresas FOMENTO BENICASIM, S.A. (en adelante FOBESA) y FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. (en adelante FCC).

Tercero. Tramitado el expediente de contratación, el pleno del Ayuntamiento, acordó, en sesión de 25 de febrero de 2021, la adjudicación del lote nº 1 a FOBESA.



Cuarto. Disconforme con esta resolución, FCC presenta recurso especial en materia de contratación. El órgano de contratación ha formulado informe, solicitando la desestimación del recurso. En el mismo sentido ha presentado escrito FOBESA.

Quinto. La Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 23 de abril de 2021, acordando mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), porque el análisis de los motivos que fundamentan la interposición del recurso pone de manifiesto que los perjuicios que podrían derivarse del levantamiento de la suspensión son de difícil o imposible reparación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 22 de marzo de 2013 (BOE de fecha 17/04/2013), prorrogado mediante Acuerdo de fecha 25 de febrero de 2016 (BOE de fecha 21/03/2016) , nuevamente prorrogado mediante Acuerdo de fecha 16 de abril de 2019 (BOE de fecha 22/05/2019) y Acuerdo de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 2/6/2021).

Segundo. Con respecto al requisito de legitimación, es claro que el recurrente lo cumple, al impugnar el acto de adjudicación, estando su oferta clasificada en segundo lugar.

Tercero. El recurso se dirige contra un acto susceptible de impugnación.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto en plazo.

Quinto. La empresa recurrente comienza solicitando que se le conceda al acceso al expediente, pues solo lo ha tenido de modo parcial. Señala que en la resolución que otorga



dicho acceso se indica que diversas páginas de la oferta de FOBESA se han declarado confidenciales, pero sin detallar a qué aspectos se refiere. Al no habersele dado acceso al expediente administrativo y no poder revisar el escrito de FOBESA en el que se indican las partes confidenciales de su oferta, le resulta imposible saber si las partes de la misma a las que sí se ha dado acceso, concuerdan con la declaración de confidencialidad realizada por la adjudicataria. Añade que el documento de la oferta de la adjudicataria, del que se le ha dado traslado ha sido editado o manipulado. El texto ha quedado fuera de los márgenes del documento, solapado o superpuesto, por lo que resulta ilegible. Obviamente, no es el documento original presentado por la licitadora. El paginado también se ha visto alterado, pues de la página 21 a la 35 ha desaparecido de la paginación y también varias de sus páginas. El documento en PDF que se entregó tiene 96 páginas, mientras que la oferta presentada tiene 100 más tres páginas de índice. En unas partes se han eliminado las páginas consideradas como confidenciales y en otras partes se han dejado en blanco, colocando un aviso de confidencial.

Esta manipulación o edición impide que se pueda asegurar que se le ha permitido un acceso pleno y veraz de los datos originales no afectados por la confidencialidad.

Respecto de la oferta de FOBESA, alega que la misma incurre en varios incumplimientos del pliego. El primero que denuncia es que en dicha oferta se encuentran dos enlaces a páginas web. Uno de los enlaces remite a la página web de un tercero (un proveedor de contenedores) y el segundo, a una aplicación de la licitadora, que precisa la introducción de usuario y clave y donde ahora no resulta posible acceder.

Según su criterio, el pliego no permite este tipo de enlaces. En segundo lugar, resulta absolutamente imposible determinar con certeza qué datos se han puesto a disposición de la mesa de contratación a través del segundo enlace. Los datos de esa web no tienen trazabilidad alguna, no tienen firma digital y son absolutamente incontrolables, por lo que no es posible asegurar que no se hayan expuesto datos económicos de la oferta u otros datos relativos al servicio y que pueden haber sido modificados posteriormente a la fecha de su presentación. Tampoco es posible determinar qué accesos se han producido a dicha web y por qué personas. Además, suponen una ventaja para el adjudicatario, en la medida



en que no se ha visto afectada por las restricciones de los pliegos relativas a la capacidad y amplitud de los planos

El segundo incumplimiento se refiere al apartado 5.1 del pliego de prescripciones técnicas que lleva la rúbrica «vehículos y maquinaria». En dicho apartado, se exige que se adscriba al servicio un camión RSU de carga trasera con capacidad igual o mayor a 14 m³. La oferta de FOBESA incluye un cuadro de características técnicas de los vehículos. En ese cuadro, se indica que el camión RSU de carga trasera tiene una capacidad de 12m³. En la columna de características de esa misma tabla, se indica que es vehículo bicompartimentado, tiene una capacidad de 8+4. En esta última columna aparece en la descripción del vehículo, antes del «8+4», la referencia a 14 m³, lo que considera un burdo intento de justificar la capacidad del vehículo, cuando el propio licitador reconoce que su capacidad es inferior. Este incumplimiento del pliego debe conllevar la exclusión de la oferta.

El tercer incumplimiento se encuentra en la frecuencia de recogida de las distintas fracciones de residuos que se establece en el pliego de prescripciones técnicas como mínima. Por lo que se refiere a la fracción resto/orgánica en el casco antiguo, pedanías y urbanizaciones, se exige una frecuencia mínima de recogida de ambas fracciones de siete días a la semana. Sin embargo, FOBESA ofrece únicamente una frecuencia de recogida de 4 días a la semana para la fracción orgánica y 3 días a la semana para la fracción resto.

La mesa de contratación no excluye la oferta a la vista de tal incumplimiento, sino que lo trata de solventar mediante una interpretación a posteriori del pliego de prescripciones técnicas contraria a la literalidad de este y a las propias aclaraciones previas del órgano de contratación, lo que es manifiestamente contrario a los principios de seguridad jurídica, transparencia y, sobre todo, igualdad y no discriminación entre licitadores. En el expediente se afirma que caben diferentes interpretaciones respecto de la periodicidad de la recogida de cada una de las fracciones. Según una de ellas, deben recogerse las dos fracciones, resto y orgánica, todos los días y de acuerdo con otra, la recogida de los residuos se realizará unos días resto y otros días orgánica, en el conjunto de los 7 días/semana. Añade que el objeto del pliego y, a la vista de que la fracción resto actual se va a dividir en dos fracciones, las cantidades de residuos que se generan al día en cada una de las fracciones,



resto y orgánica, se repartirán, por lo que se estima que la frecuencia en la recogida no es necesaria que se realice todos los días.

Sin embargo, las dudas respecto de la redacción del apartado 2.3 del pliego de prescripciones técnicas, ya se plantearon en las consultas previas. Y respecto de esta cuestión se contestó por el órgano de contratación que *«la frecuencia establecida para este contrato y desde el comienzo del mismo para la recogida de la fracción resto y orgánica es de 7 días a la semana y durante el plazo que estimen los Servicios Técnicos Municipales en función de los resultados que se vayan obteniendo a partir de dicha implantación entre los ciudadanos del municipio. A efectos del dimensionamiento del servicio se tendrá en cuenta la frecuencia indicada»*.

Considera que, de acuerdo con la respuesta, en el inicio del contrato y según lo previsto en el pliego, la recogida debe ser de 7 días a la semana, tanto para la fracción resto como para la fracción orgánica y, en función de la evolución del servicio, los Servicios Técnicos Municipales podrían revisar las frecuencias. De hecho, afirma, sólo podrá revisarse la frecuencia de recogida de la fracción resto, según lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas.

De llevarse al absurdo el planteamiento de la mesa, de admitirse que ambas fracciones conjuntas deben alcanzar la frecuencia de 7 días semanales, sin que exista frecuencia mínima, podría plantearse por un licitador una frecuencia de recogida de un día a la semana para la orgánica y 6 días para la fracción resto.

Para justificar esta nueva interpretación del pliego, la mesa se basa en el estudio de viabilidad. Pero dicho estudio ni contiene mención alguna a las frecuencias de recogida, ni aporta dato alguno ni explicación de cómo deban entenderse esas frecuencias.

Adicionalmente, en el pliego se incluyen otro tipo de frecuencias para otros servicios que utilizan la misma forma de expresión a través de una barra (/) que separa las fracciones y su frecuencia y que en absoluto se interpreta en la forma que ahora está pretendiendo la mesa de contratación para la frecuencia incumplida por FOBESA.



También en relación con la frecuencia de recogida de residuos, el pliego de prescripciones técnicas establece una específica para la zona de hostelería y escuelas con comedor, residencia de tercera edad privada y centro de salud (denominada abreviadamente HORECA), fijándose tanto para la fracción orgánica como para la resto, 6 días a la semana. La oferta de FOBESA prevé para la zona HORECA una frecuencia de 7 días a la semana (por encima de lo exigido en el pliego), pero alternando ambas fracciones, de forma que no se cumpliría con la frecuencia mínima de 6 días a la semana para cada fracción exigida en el pliego.

Además, la adjudicataria, incluye una condición más para la recogida no prevista en el pliego, que es que el porcentaje de llenado del contenedor supere el 80%.

Respecto de esta frecuencia, la mesa de contratación no realiza interpretación alguna, ni tampoco existen consultas previas. FOBESA indica en su oferta que la recogida de contenedores se realizará coincidiendo con la ruta de recogida orgánica. Considera la recurrente que es curiosa la descripción de esta frecuencia que realiza el informe de valoración, que alude a una recogida de siete días a la semana, pero alternando fracciones, cuando la redacción de la oferta se refiere a una recogida igual a la orgánica, es decir, cuatro días a la semana

El último de los incumplimientos del pliego se refiere a la contenerización. El pliego de prescripciones técnicas exige 115 contenedores para cada una de las fracciones indicadas, mientras que FOBESA ha ofrecido y justificado 75. Añade que la adjudicataria, para aparentar que cumple con el pliego indica que pone a disposición del ayuntamiento los contenedores que faltan de su oferta inicial, además de justificar que su oferta propone menos contenedores para corregir el sobredimensionamiento y el impacto visual en la vía pública.

Concluye esta parte la recurrente indicando que la oferta del adjudicatario debe ser excluida, dado que ha incumplido el pliego, cuando según reiterada doctrina de los tribunales de recursos contractuales, constituyen la ley del contrato y las ofertas han de ajustarse a sus prescripciones.



Subsidiariamente, a las alegaciones sobre incumplimiento del pliego que llevarían a la exclusión del adjudicatario, también señala FCC que el informe de valoración incurre en una serie de errores materiales respecto de su propia oferta.

Invoca los siguientes:

En el apartado «organización de la prestación de los servicios de recogida», el informe de valoración indica que FCC no incluye la descripción del servicio de recogida de la fracción orgánica y que no se detalla la recogida de la fracción orgánica del casco antiguo, según los medios propuestos, ni explica los puntos de acopio que refleja en los planos. Respecto de esta cuestión dice que su oferta describe con todo detalle el servicio propuesto de recogida de la fracción orgánica en las páginas 74 a 80 del documento denominado TOMO I de la oferta presentada en el sobre nº 2. La recogida de la fracción orgánica en el casco antiguo figura en las páginas 77 y siguientes del documento indicado.

También denuncia un error en el apartado del informe relativo a la puntuación del criterio de eficiencia en la definición de itinerarios. En el informe se afirma que la oferta no dice nada sobre las tablas de rendimiento, cuando en realidad sí constan en las páginas 44 y 45 del documento citado.

Otro error que menciona es el relativo al plan de contenerización, en el que el informe afirma que la oferta adolece de falta de claridad en el número de cubos propuestos para la orgánica, puesto que en el listado de contenedores propuestos no aparecen, pero en planificación, sí. Afirma, por el contrario que en la página 75 del documento tantas veces referido se detallan de forma evidente los contenedores destinados a la recogida de la fracción orgánica propuestos por FCC.

Por lo que se refiere al punto «implantación de la recogida separada de la fracción resto y orgánica», detecta un nuevo error en el informe, que afirma que la recogida de envases ligeros en modalidad puerta a puerta propone 149 jornadas frente a las 156 jornadas que exige el pliego y en la recogida de papel cartón comercial en modalidad puerta a puerta proponen 25 jornadas año frente a las 52 jornadas que exige el pliego. Considera que el epígrafe evaluable, se refiere a la recogida separada de resto y orgánica y el informe se refiere a la recogida de envases ligeros y del papel cartón comercial. El apartado donde

deben valorarse estos elementos es el relativo a la «concreción y adecuación de los recursos humanos, materiales y técnicos». En este apartado, en el informe se vuelve a reproducir lo ya dicho. Respecto de esta cuestión argumenta que en el pliego no se exigen 156 jornadas, sino 3 días a la semana para este tipo de servicio y en la oferta de FCC se establece un servicio de 3 días por semana (lunes, miércoles y viernes). Se han estimado 149 jornadas, pero el dato que ha de tenerse en cuenta es la frecuencia de tres veces por semana.

Por lo que se refiere a la recogida de papel y cartón comercial puerta a puerta, lo que ofrece FCC es una vez por semana a realizar por la tarde, indicando que es necesario 50% de la jornada del equipo que trabaja 50 jornadas. En ningún momento el pliego se refiere a 25 jornadas, sino a una frecuencia semanal de un día.

El último error al que se refiere el recurso es el relativo al personal, respecto del que el informe dice que el ofrecido es inferior al establecido en el pliego, presentando 11,30 frente a 12,30 que como mínimo se exige. Considera que el cálculo correcto supone dividir las jornadas propuestas sin encargado (3077) entre las jornadas efectivas ofrecidas (234), lo que da un total de 11,66 puestos de plantilla. A lo que hay que añadir el 0,50 del puesto de encargado, lo que arroja un total de 12,16 y, por tanto, por encima del mínimo establecido en el pliego.

Respecto de estos errores, indica FCC que, si bien el informe técnico se sitúa en el ámbito de la discrecionalidad técnica, ello no impide que los tribunales puedan entrar a enjuiciarlo, con ocasión de un recurso, en los casos en los que la Administración haya actuado con arbitrariedad, desviación de poder o discriminación entre los licitadores o haya incurrido en un error patente, citando en apoyo de su tesis diversas resoluciones de los tribunales contractuales y del Tribunal Supremo.

Dado que considera que el informe de valoración ha incurrido en los errores materiales detallados, la consecuencia es que deben retrotraerse las actuaciones, a fin de que pueda hacerse una nueva valoración.

Sexto. El órgano de contratación, en su informe, comienza señalando en relación con el acceso al expediente, que se puso a disposición tanto las partes del mismo no publicadas



en la Plataforma de Contratación del Sector Público, como los aspectos de las ofertas que no fueron declarados confidenciales por los licitadores. Añade que se ha comprobado en el momento de emitir el informe que el escrito presentado por FOBESA en el que identificaba las partes confidenciales de la oferta, no se puso a disposición de la recurrente.

Niega cualquier tipo de manipulación en la documentación puesta a disposición. Dice que, para eliminar la parte declarada confidencial de los documentos, se utilizaron las herramientas informáticas con las que se contaba, para poner a disposición de FCC el expediente en la mayor brevedad posible. Ello provocó que algunas partes no se visualizaran de forma correcta, pero fue una cuestión técnica y no un intento de ocultar datos de las ofertas.

Por lo que se refiere a los incumplimientos de la oferta de FOBESA, indica, respecto de la inclusión de enlaces, que la misma no constituye vulneración alguna de lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP, dado que los links se encontraban dentro de las proposiciones y su confidencialidad quedaba garantizada al presentarse a través de la PLACSE. Dice que los técnicos encargados de la valoración de las ofertas han manifestado que no accedieron en ningún momento a dichos enlaces, basando su evaluación en el contenido de los documentos presentados, no haciéndose en el informe referencia alguna a los enlaces externos. Indican que las características técnicas de los contenedores que se ofertan y los planos de recorridos, ubicación de contenedores, etc., se encuentran en la oferta no siendo necesario acudir a las páginas web.

En cuanto a los vehículos de recogida, las dimensiones del camión, inferiores a las exigidas en el pliego se ha tenido en cuenta, de manera que, en ese apartado, la oferta de FCC ha tenido 2 puntos, mientras que la de FOBESA, sólo 1,3.

Respecto de la frecuencia de recogida en zona de casco antiguo, pedanías y urbanizaciones considera que la oferta de la adjudicataria cumple con la periodicidad de 7 días/semana, pues asigna 4 días a la recogida de la fracción orgánica y 3 para la fracción resto.

Lo mismo indica en relación con la frecuencia de recogida en la zona HORECA.

En relación con el incumplimiento de la contenerización mínima, por una parte, la adjudicataria realiza una justificación mejor del sistema de contenerización para cada una de las fracciones manteniendo en lo posible las actuales ubicaciones, teniendo en cuenta aspectos como la optimización del número y ubicación de tal manera que se garantice por capacidad y frecuencias de recogida el servicio adecuadamente, la adaptación del modelo a la tipología de la vía y el ofrecimiento de la información que les corresponde de forma fácil, permitiendo una inequívoca identificación del tipo de residuo que han de recoger. Pero, por otra parte, también indica en su oferta que pone a disposición del Ayuntamiento la contenerización mínima exigida en el pliego, más el 3% de su stock que se exige, para su colocación según las necesidades detectadas e instrucciones de los servicios técnicos municipales.

En conclusión, las desviaciones respecto a los diferentes aspectos a valorar contemplados en el pliego han sido tenidas en cuenta y penalizadas en las valoraciones realizadas, no obstante, la exclusión en el pliego está contemplada para aquellas ofertas que no alcancen la puntuación de 20 puntos, por lo que no procede la exclusión de la oferta de FOBESA.

Por lo que se refiere a la oferta de la recurrente, las puntuaciones obtenidas por esta se consideran argumentados en el informe de valoración y obedecen a la evaluación global realizada de los diferentes aspectos contemplados en el pliego, desestimándose que se trate de errores materiales.

Séptimo. FOBESA dice no tener nada que alegar en relación con el acceso al expediente, pues el mismo, debe resolverse por el órgano de contratación, limitándose los licitadores a declarar qué partes de su oferta consideran confidenciales.

Comienza su escrito recordando la reiterada doctrina de este Tribunal en el sentido de atribuir a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten que sólo puede ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados. Señala que en la valoración no se aprecian errores relevantes ni arbitrariedad. El informe tiene una estructura formal correcta, recogiendo los antecedentes jurídico-administrativos y objetivos que pretende, recoge las puntuaciones a asignar, tal y como aparecen en los pliegos y el

anexo I corresponde a la valoración detallada de las ofertas, por cada apartado de los puntuables.

Además, el informe es razonado y no arbitrario, la valoración de las ofertas se realiza desde una perspectiva racional, motivada y no caprichosa, con independencia de que se comparta o no el resultado alcanzado.

Tampoco incurre en discriminación, pues todas las ofertas han sido analizadas en términos similares, teniendo en cuenta la documentación presentada por cada licitador y dedicándoles un espacio similar en el informe y centrándose en los aspectos propios de la prestación del servicio propuesto.

En la valoración tampoco se han incluido parámetros o ponderaciones no previstos en los pliegos.

En relación con los incumplimientos del pliego alegados en el recurso, manifiesta, en primer lugar, que el hecho de que el pliego no haga mención expresa respecto de permitir la inclusión de enlaces web en la oferta, no supone que establezca una prohibición. Además, recalca que en ningún caso el contenido esencial de la oferta, que ha permitido valorarla, se incluía en dichos enlaces, teniendo como única finalidad ampliar la información, de manera meramente accesorio,

En relación con el enlace web al aplicativo propio de FOBESA, la oferta presentada contiene una descripción de la situación actual y otra relativa a la situación propuesta, añadiéndose que *«del mismo modo se puede ampliar la información de este inventario a través del siguiente enlace donde se muestra el estudio de campo realizado, con las fotos de cada uno de los contenedores (haciendo clic (sic) encima), su estado, su capacidad, tipo, modalidad de carga, etc. y la comparación con la contenerización propuesta»*. La ampliación de información ofrecida no es necesaria para realizar una adecuada valoración de la oferta presentada, ni añade información que no esté incluida en la propia oferta.

Por lo que se refiere al otro enlace es externo a la empresa, por lo que no puede influir en su contenido. Igualmente, queda claro, a la vista del contenido de la oferta de FOBESA, que la misma ya contiene todos los detalles del contenedor ofertado, siendo el citado

enlace un mero complemento a título ilustrativo. El recurrente, de hecho, ha recortado el documento de manera interesada, de forma que pudiera parecer que sólo pueden conocerse las características del producto a través del enlace externo.

La imputación de que a través de estos enlaces se podría haber incluido información económica, es una afirmación del recurrente sin base fáctica alguna.

Por último, en relación con este punto, dice que en ningún momento el informe técnico se remite al contenido de los enlaces, manifestando los técnicos que no accedieron al mismo, por lo que no es aplicable a este caso, la resolución citada por FCC en su recurso.

En relación con las condiciones técnicas de los vehículos de recogida, la oferta de FOBESA contiene varias referencias al volumen de carga del vehículo. En la página 5 de la oferta técnica se afirma que *«este servicio se realizará con un camión bicompartimentado de 14 m³ y un camión satélite de 5 m³»*. En la página 9 de la oferta técnica se recoge dentro del cronograma *«Camión RSU carga trasera bicompartimentado ≥ 14 m³»*. En la página 4 del estudio económico se indica *Camión RSU carga trasera bicompartimentado 14 m³* y en la página 5 *«Camión TSU carga trasera bicompartimentado 14»*. La misma referencia a los 14 m³ se hace en las páginas 7 y 8 del citado Estudio.

Considera que se trata de un error material en una única tabla, mientras que el resto de la documentación establece claramente el volumen. Además, el propio pliego establece que, *«si dichos medios resultasen insuficientes, el adjudicatario deberá aumentar, a su costa, los que se requieran para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato»*.

Señala como improcedente la exclusión de su oferta, porque el error material padecido se ve subsanado por el resto de referencias en la documentación presentada por FOBESA y, no tiene entidad suficiente para impedir la prestación del servicio y se ve afectado por la obligación establecida en el pliego de incrementar la prestación llegado el caso de que el medio propuesto fuera insuficiente.

Sobre la frecuencia de recogida de la fracción resto y orgánica en el caso antiguo, pedanías y urbanizaciones, el pliego la recoge de esta manera: fracción resto/orgánica, frecuencia 7 días/semana. Entiende que, si el pliego hubiera querido asignar 7 días a cada una de las

fracciones o asignar otra frecuencia a una zona concreta, lo hubiera establecido expresamente. No se puede entender que haya incumplimiento cuando FOBESA ha ofrecido 7 días, distribuyendo los mismos de acuerdo con su criterio técnico y dentro de los límites del pliego.

Respecto de la fracción papel-cartón, se ha separado el ordinario del comercial puerta a puerta en el pliego. La propia recurrente incide en que el estudio de viabilidad no contiene mención alguna a las frecuencias de recogida, ni aporta dato alguno ni explicación de cómo deban entenderse estas frecuencias. Y, sin embargo, alude a una supuesta interpretación de los pliegos por parte de la mesa y trata de imponer aquella que más le conviene.

Por lo que se refiere a la frecuencia de recogida en la zona HORECA, al igual que en el caso anterior, se cumple al destinar recogidas alternas y cumplir con 6 recogidas para la fracción resto y orgánica. Por si hubiere alguna duda, el pliego indica que no es necesario realizar una ruta específica para este servicio, sino que con la misma ruta diaria de la fracción resto y orgánica es suficiente. Así, FOBESA entendió esta prestación como un todo, al no venir desglosada y ofertó 4 días para la fracción orgánica y 3 para la fracción resto. No hay incumplimiento de los pliegos.

Sobre la contenerización, lo que ha hecho FOBESA es realizar un estudio estimando que las necesidades del municipio pueden satisfacerse con 75 contenedores, pero declara de manera inequívoca que se pone a disposición del Ayuntamiento la contenerización mínima exigida en los pliegos más el 3% de su stock que se exige. Así resulta del cuadro de la oferta técnica, donde se aprecia con exactitud el número de contenedores ofertados y lo mismo en el estudio económico.

Octavo. La primera cuestión que es preciso resolver es la solicitud de acceso pleno al expediente. Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación con la ponderación de los principios de publicidad y de confidencialidad. Así, en nuestra resolución 634/2017 decíamos *«procede recordar que, según ha declarado este Tribunal reiteradamente, ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es el de publicidad. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir.*



Como tal excepción debe hallarse justificada por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a quien ha presentado los documentos cuyo acceso se quiere limitar la carga de declarar su confidencialidad. Así, en la Resolución 506/2014, este Tribunal señaló lo siguiente: “El Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el alcance de la declaración de confidencialidad de las ofertas realizada por los licitadores al amparo del artículo 140 TRLCSP. De entre las resoluciones en que se recoge tal doctrina -que coincide básicamente con la que citan el recurrente y el órgano de contratación- la Resolución nº 288/2014, de 4 de abril, sintetiza la doctrina del siguiente modo: b) Respecto a la falta de acceso de la recurrente a la oferta técnica de la adjudicataria, con base en el principio de confidencialidad. Al principio de confidencialidad se refiere el art. 140.1 del TRLCSP al disponer que ‘sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas’. Por su parte, el artículo 153 del TRLCSP prevé la posibilidad de que el órgano de contratación no comunique determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, ser contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas. Este artículo hace referencia a la ‘divulgación de la información’; dentro de este concepto genérico ha de entenderse incluido el acceso a los documentos que contienen la información referida, cuyo acceso se verá limitado en igual medida. El Tribunal viene entendiendo que, en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones 199/2011 y 62/2012, antes citadas). A estos efectos, este Tribunal entiende que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 140.1 del TRLCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas



las enumeradas en el artículo 151.4 del TRLCSP, habiendo entendido el Tribunal (Resolución 45/2013, de 30 de enero) que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil. En la Resolución 62/2012 el Tribunal concluyó que ‘puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora TRLCSP) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente -de solicitarlo expresamente la misma-, las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado’. Por otro lado, procede hacer referencia a la doctrina sentada por este Tribunal en cuanto al alcance y funcionalidad del trámite de vista del expediente. Así, en la Resolución 131/2015 indicábamos que “debe recordarse también que, como ya advirtió este Tribunal en la resolución 852/2014 (de la que es en gran medida tributaria la exposición precedente), en tanto dicho acceso tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes) y dado que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto adjudicando el contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al futuro reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación, no obstante la motivación plasmada en la notificación.” En esta misma línea, en la Resolución 248/2015 razonábamos como sigue: “Alguno de los recurrentes también ha manifestado que el órgano de contratación no le ha permitido tener acceso al contenido completo del expediente incluso una vez efectuada la adjudicación, ocultándose, en particular, la documentación presentada por la finalmente adjudicataria, con lo que no ha sido posible rebatir adecuadamente los argumentos de los técnicos en el recurso. Pues bien, tal derecho



encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de fundamento al acto impugnado, por lo que debe ser considerado como de carácter subsidiario respecto de la obligación de notificar adecuadamente el mismo».

Aplicando la doctrina anterior al caso que nos ocupa, habiéndose declarado por parte del licitador la confidencialidad de parte de la documentación de la oferta, el órgano de contratación debió hacer un juicio sobre la misma, para determinar si efectivamente toda la señalada afectaba a secretos técnicos o comerciales y aspectos confidenciales de las ofertas. No resulta de aplicación al ámbito de la contratación del sector público, la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, sino que la cuestión se rige por su normativa específica.

No obstante, tal y como se ha indicado, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter instrumental, de manera que sólo cabe estimar la vulneración del mismo si con la denegación de acceso, se ha perjudicado el derecho de defensa del recurrente. Es decir, que, si este, ha tenido acceso a documentos e información suficiente para articular su recurso, no ha lugar a estimar la pretensión de acceso a los solicitados.

En este sentido, el escrito de recurso alega suficientemente sobre las causas que justificarían la exclusión de la oferta de la adjudicataria, sin que se apunte, siquiera indiciariamente, en qué forma se ha limitado la posibilidad de ampliar su recurso. El hecho de que la presentación de los documentos a los que se ha dado acceso no fuera la mejor, tampoco da lugar a la estimación de la solicitud de acceso, porque tampoco se indica en qué partes esa presentación defectuosa impide su comprensión, ni parece que esos defectos se debieran a una manipulación del contenido con fines de ocultación, sino a la utilización de una herramienta informática deficiente para excluir las partes declaradas confidenciales.

A la vista de todo ello, la pretensión de acceso debe ser desestimada

Noveno. El recurso invoca diversos incumplimientos del pliego por parte de la oferta de la adjudicataria que conllevarían su exclusión. El órgano de contratación considera que se trata de cuestiones que se han tenido en cuenta a la hora de valorar la oferta, pero que en



ningún caso procede su exclusión, ya que el pliego sólo contempla la exclusión cuando una oferta no alcanza en los criterios sujetos a un juicio de valor una puntuación mínima.

Esta última afirmación no es correcta. Con independencia de que es posible que los pliegos establezcan un umbral mínimo de puntuación, para que las ofertas que no lo alcanzan sean excluidas y no se abra el sobre de los criterios evaluables mediante fórmulas, las ofertas que no cumplen el mínimo establecido en el pliego han de ser excluidas. Se hace necesario examinar las cuestiones que en el recurso se han planteado.

La primera de ellas es la inclusión de dos enlaces a páginas web. En este sentido, FCC cita la resolución nº 116/2020 de este Tribunal que consideró que el acceso a través de una página web a una demo de la aplicación ofrecida mediante usuario y contraseña, supone una infracción patente del artículo 139 de LCSP y una ampliación indebida del contenido de la oferta que debía presentarse mediante archivos electrónicos, según el pliego.

En este caso, son dos los enlaces incluidos. Uno de ellos, es una web que permite también el acceso mediante usuario y contraseña:

«Los itinerarios de cada uno de los equipos de recogida se pueden observar en el anexo cartográfico a este documento, en los planos nº CORSU-020-021-022-023-024-025-026-027-032-033-034-035. Además de los planos adjuntados se presenta una visualización a través del siguiente enlace:

<https://cocentina-recogida-gimeno.hub.arcgis.com/>

Usuario: fobesa.contrato

contraseña: fobesa.2020 (...)

Del mismo modo se puede ampliar la información de este inventario a través del siguiente enlace donde se muestra el estudio de campo realizado, con las fotos de cada uno de los contenedores (haciendo klik encima), su estado, su capacidad, tipo, modalidad de carga, etc. y la comparación con la contenerización propuesta.

<https://cocentina-recogida-gimeno.hub.arcgis.com/>

Usuario: fobesa.contrato

contraseña: fobesa.2020».

El segundo enlace lo es a una página web de una empresa externa de un fabricante de los contenedores.

En la resolución citada, la exclusión de la oferta se basó en dos motivos, por no cumplir con los requisitos formales de la presentación de la oferta y porque los datos ofrecidos habían sido valorados para puntuar la oferta

«Dicho contenido fue examinado y valorado por el técnico autor de informe y, en definitiva, por la mesa de contratación a la hora de establecer la puntuación asignada a esta oferta. Se advierte con ello una doble circunstancia: en primer lugar, esta empresa aprovechó este mecanismo para ampliar la información ofrecida al órgano de contratación más allá de la extensión máxima fijada en el pliego, y, en segundo término, el contenido de su oferta no quedaba circunscrito a la información contenida en los correspondientes archivos electrónicos, sino que parte de la misma se alojaba en un sistema de almacenamiento externo. Hemos de puntualizar que a estos efectos resulta indiferente lo manifestado por el adjudicatario en sus alegaciones en cuanto a la alegada irrelevancia de la nueva información aportada por esta vía, puesto que lo relevante es que se aportaban elementos de su proposición susceptibles de ponderación, tal y como evidencia el tenor del propio informe técnico de valoración. Lo decisivo es, en este punto, que por este medio se amplió la información relativa a este criterio de valoración (el simple hecho de poder conocer el funcionamiento de la aplicación a través de una versión demostrativa ya supone tal circunstancia), a través de un mecanismo no admitido por el pliego y que, por lo tanto, no pudo ser empleado por el resto de licitadores».

A la luz de lo dicho en esa resolución, es claro que la utilización del enlace supone una infracción de la forma en que las proposiciones han de presentarse. Pero la exclusión de la oferta, justificada porque había sido objeto de valoración en el caso entonces resuelto, no concurre aquí. No sólo porque los técnicos afirmen no haber accedido al contenido de

los enlaces, sino porque no se hace la más mínima mención a los mismos en el informe y porque el contenido íntegro de la oferta se encontraba en la documentación correctamente presentada, conteniendo los enlaces una mera ampliación de datos.

Décimo. En segundo lugar, se denuncia el incumplimiento del volumen mínimo de uno de los vehículos. La adjudicataria señala que se trata de una errata, pues aparece una única vez reflejada esa capacidad, mientras que en otros lugares aparece fijada la exigida. Por su parte, el informe emitido para este recurso por el órgano de contratación reconoce expresamente que tomó en consideración la capacidad inferior, indicando que *«No obstante en el apartado de valoración “Concreción y adecuación de los humanos, materiales y técnicos” del Pliego de Cláusulas administrativas particulares tiene asignado una puntuación de hasta 8 puntos, en concreto, dentro de dicho apartado en la valoración de la cantidad, prestaciones, características técnicas y ecológicas de los vehículos y maquinaria ofertada se ha tenido en cuenta una penalización por dicha circunstancia»*. Sin embargo, la lectura del informe de valoración no revela que esa circunstancia se tuviera en cuenta. En el apartado indicado se dice

«Euro VI. Tabla más detallada en cuanto a características técnicas de los vehículos asociados a los servicios incluyen el nivel sonoro. Cálculo de la Huella de Carbono más completa. Definición de los vehículos en los anexos más insuficiente. Equipos de retén correcto». No hay rastro de que se haya valorado una menor capacidad de un vehículo

Y la única referencia que hace el informe técnico se contiene a la capacidad del vehículo es en el apartado a.1) que indica *«Recogida P/P: zonas casco antiguo y pedanías, con 2 equipos: 1 bicomp. de 14 m3 con 1 conductor y 2 peones y 1 satélite eléctrico de 5m3 con 1 p-cond y 1 peón»*, por lo que da por ofrecido el volumen requerido

A la luz de lo dicho no parece que la oferta deba ser excluida, dado que en la oferta la capacidad inferior a la establecida en el pliego sólo aparece en una tabla, mientras que en el resto de ocasiones sí aparece con la correcta y el informe de valoración, aparentemente acepta esta última como presentada.

Undécimo. El tercer incumplimiento alegado hace referencia a la frecuencia de recogida de la fracción resto/orgánica. Se recoge en un cuadro en el punto 2.3 del pliego de

prescripciones técnicas en el que se indica Fracción resto/orgánica casco antiguo, pedanías y urbanizaciones 7 días/semana. La recurrente entiende que tanto una fracción como otra deben recogerse todos los días de la semana, mientras que el órgano de contratación en su informe considera que puede alternarse una fracción y otra, siempre que entre las dos sumen 7 días (en la oferta ganadora se preveía la recogida de la fracción orgánica, 4 días y 3 la fracción resto). ´

Las rúbricas de la tabla inclinan a pensar que la expresión resto/orgánica hace referencia a que la frecuencia de 7 días se refiere ambas simultáneamente y no como posibilidad de que puedan alternarse a voluntad del licitador. El adjudicatario ha hecho una oferta alternando días, pero de admitirse la interpretación del órgano de contratación, tampoco incumpliría el pliego una oferta que ofreciera una frecuencia de 6 días a la semana para una de las fracciones y de 1, para la otra.

Según se desprende de la regulación del pliego de prescripciones técnicas, la recogida separada de la fracción orgánica no está implantada en el momento de licitarse el contrato porque se indica que *«Una vez se lleve a cabo la implantación de la fracción orgánica, en función de las necesidades y tras la autorización municipal se podrá modificar la frecuencia de recogida de la fracción resto, minorando este servicio e incrementando cualquier otro para mejorar la calidad global del servicio»*. Esta previsión no tiene sentido si el número de veces por semana que hay que hacer la recogida de la fracción resto fuera fijada libremente por el contratista, dado que previéndose únicamente una reducción de la frecuencia sólo resulta comprensible si es sobre la fijada en el pliego y no sobre la ofrecida por el contratista, que ya podría haber establecido un día. Este argumento se ve reforzado por la recogida de dichos residuos en otras zonas. Allí se prevé un día por semana en invierno y dos en verano en industrias, lo que es claro que no permite la alternancia.

Lo dicho para la frecuencia de recogida en estas ubicaciones, vale igual para la recogida en hostelería/escuelas con comedor, residencia de tercera edad privada y el centro de salud, donde se prevé una frecuencia de recogida de dichas fracciones de 6 días y la adjudicataria, en su oferta, las va alternando.



Este incumplimiento del pliego lleva aparejado, por tanto, la exclusión de la oferta y la estimación del recurso.

Duodécimo. Si bien la estimación del motivo anterior, hace innecesario el examen de los restantes incumplimientos, haremos referencia a los mismos, con el fin de resolver todas las cuestiones planteadas.

En relación con el número mínimo de contenedores exigidos, es cierto que FOBESA, en su oferta, introduce una contenerización alternativa a la establecida en el pliego de prescripciones técnicas que reduce los contenedores de la fracción resto de 115 a 75. No obstante, añade a continuación que *«no obstante, desde FOBESA ponemos a disposición del ayuntamiento de Cocentaina la contenerización mínima exigida en los pliegos de prescripciones técnicas, más el 3% de su stock que se exige, para su colocación según las necesidades detectadas e instrucciones de los servicios técnicos municipales»*, recogiendo en un cuadro los 155 contenedores mencionados.

La oferta alternativa sí ha sido objeto de valoración por parte del órgano de contratación. El informe técnico (punto a.3) indica *«Contemplan aquí la totalidad de los contenedores (115 unidades) que piden en el pliego, aunque estiman que únicamente es necesario 75 cont. para cubrir las necesidades y lo justifican correctamente. También contemplan aparte el 3% de stock, el pintado de la ubicación de los cont. y la propuesta de rotulación de los mismos. Se adjunta un estudio de necesidad de implantación de contenedores, basándose en el volumen necesario de recogida, distancia entre contenedores y criterios medioambientalmente sostenibles, donde se contempla 75 contenedores y el resto se pone a disposición del Ayuntamiento»*.

Aquí el problema no es tanto si la oferta cumple con el número mínimo de contenedores, como que se ha valorado positivamente una variante que no estaba admitida en los pliegos. La cláusula 4 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece en relación con el lote 1 *«Variantes: No se admite la presentación de variantes (art.142 de la LCSP 2017)»*. Y este Tribunal, en diversas resoluciones, como la nº 682/2018, ha convalidado la exclusión de una oferta por incluir variantes o mejoras no admitidas por los pliegos.

Decimotercero. Por último, en relación con los errores alegados en la valoración de la oferta de FCC, aunque resulta irrelevante, una vez estimada la pretensión principal, cabe decir que sólo se aprecia un error material en el informe cuando indica que la oferta describe los servicios de recogida sin incluir la descripción del servicio de recogida de la fracción orgánica y que la oferta no detalla la recogida de la fracción orgánica en el casco antiguo. Con independencia de la valoración que merezca su contenido, respecto de la primera, en la página 75 de la oferta se encuentra un apartado con la rúbrica Descripción completa de los servicios de recogida de carga lateral de la fracción orgánica domiciliaria y en la página 77 otro apartado con el título Recogida puerta a puerta de la fracción resto y orgánica domiciliaria. El resto de errores invocados no puede calificarse como tal, porque no se aprecia una equivocación patente, sino una diferencia de criterio, debiendo prevalecer en este caso, el criterio del órgano de contratación por aplicación de la doctrina de la discrecionalidad técnica.

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 el recurso interpuesto por D. A. V. G. F. , en nombre y representación de FCC MEDIOAMBIENTE, S.A.U., contra la resolución de adjudicación del lote 1 del contrato “*Servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y red de saneamiento del municipio de Cocentaina*”, con expediente 1021/2020, retrotrayendo el procedimiento para, con exclusión de la oferta de la adjudicataria, se proceda a realizar, una nueva propuesta de adjudicación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 LCSP.



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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.