



Recurso nº 1780 y 1781/2021 C. Valenciana 397 y 398/2021
Resolución nº 33/2022
Sección 2ª

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

En Madrid, a 14 de diciembre de 2021.

VISTOS los recursos interpuestos por D. J.M.G.P., en representación de la empresa BIOMASA DEL GUADALQUIVIR, S.A. (en adelante Biomasa del Guadalquivir) y D. J.T.O., en representación de CESPAS GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A. (en adelante, CESPAS) contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Jávea, adoptado el 1 de febrero de 2021, por el que acuerda desistir del procedimiento de contratación del “Servicio de valorización y transferencia de los restos de jardinería verdes depositados en la zona de transferencia de Ramblars”, Expte. 3043/2020, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Javea procedió a convocar el procedimiento para la licitación del contrato para la prestación del servicio de valorización y transferencia de los restos de jardinería verdes depositados en la zona de transferencia de Ramblars, mediante anuncios publicados en el DOUE y la PLACE el 14 de mayo de 2020. Se trata de un contrato con un valor estimado de 2.760.000 euros y está sujeto a regulación armonizada.

A la licitación se presentaron las siguientes empresas:

- 1.- Abonos Orgánicos Montagut, S.L.
- 2.- Cespa Gestión de Residuos, S.A.
- 3.- Valoriza Servicios Medioambientales, S.A.
- 4.- Biomasa del Guadalquivir, S.A.



Con fecha 26 de junio de 2020 la mesa de contratación procede a la apertura de los sobres de documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos para contratar (sobre número 1), admitiéndose a las siguientes empresas por estimar correcta la documentación presentada:

1.- Abonos Orgánicos Montagut, S.L.

2.- Cespa Gestión de Residuos, S.A.

3.- Biomasa del Gualdalquivir, S.A.

Segundo. El día 16 de julio de 2020, la mesa de contratación procedió a la apertura del sobre número 2 con la documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor (proyectos de prestación del servicio) de los licitadores admitidos, acordando su remisión a los servicios técnicos municipales para la emisión del informe de valoración, que es emitido el día 30 de julio de 2020, otorgando las siguientes puntuaciones a los licitadores:

1.- Abonos Orgánicos Montagut, S.L.: 13 puntos.

2.- Cespa Gestión de Residuos, S.A.: 14 puntos.

3.- Biomasa del Guadalquivir, S.A.: 9 puntos.

Dicho valoración fue admitida por la mesa en sesión de 10 de agosto de 2020.

Tercero. Posteriormente, en sesión de 25 de agosto de 2020, la mesa acuerda la suspensión de la apertura del sobre 3º a la vista de las alegaciones presentadas por la empresa Biomasa del Guadalquivir, S.A que solicita excluir a la empresa Abonos Orgánicos Montagut, S.L. por haber introducido información de los criterios del sobre 3 dentro del sobre 2.

A la vista de estas alegaciones y demás trámites seguidos y previo informe del Ingeniero Técnico Agrícola Municipal de 30 de septiembre de 2020, la mesa de contratación, en



sesión de 5 de octubre de 2020, acuerda proponer la exclusión del citado contratista, posteriormente acordada por la Junta de Gobierno Municipal el 23 de noviembre de 2020.

Cuarto. Presentado escrito de alegaciones por la empresa Abonos Orgánicos Montagut, S.L., el mismo es calificado como recurso especial en materia de contratación y remitido a este Tribunal.

De forma paralela, la mesa de contratación propone desistir del procedimiento de contratación al considerar que el propio pliego está induciendo a error a los licitadores en la presentación de la documentación, al indicar que incluyan información del sobre número 3 en el sobre número 2, de forma que se anticipa parte de la puntuación a obtener en la valoración del sobre número 3, al indicar la cláusula 9ª del pliego de cláusulas administrativas que se indicará en el proyecto (sobre número 2) el destino final del producto, y al ser objeto de puntuación entre los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas (sobre número 3) la distancia al destino final, añadiendo que los destinos finales del producto serán los indicados en el proyecto.

La Junta de Gobierno acordó el desistimiento en sesión de fecha de 1 de febrero de 2021, que es posteriormente comunicada a este Tribunal.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales dictó la resolución número 210/2021, de 26 de febrero, en la que, en base al escrito presentado por el representante de Abonos Orgánicos Montagut, S.L., solicitando que se le tenga por desistido del recurso interpuesto contra su exclusión y teniendo en cuenta el desistimiento del procedimiento por el órgano de contratación, acuerda aceptar el desistimiento de Abonos Orgánicos Montagut, S.L., dando por concluido el procedimiento de recurso, sin perjuicio de que, además, el desistimiento del órgano de contratación apreciando un defecto insubsanable en el procedimiento de contratación, serviría también de base para entender que el recurso especial en materia de contratación habría quedado sin objeto de forma sobrevenida.

Quinto. Del expediente remitido no consta que el desistimiento acordado fuera notificado a ninguno de los restantes licitadores, al igual que ocurrió con la resolución de este Tribunal.



Previos escritos de Biomasa del Guadalquivir, S.A. y de CESPA GESTIÓN, el 8 de noviembre de 2021, se remite oficio desde el Ayuntamiento de Jávea informando de lo acaecido y el 9 de noviembre de 2021, le notifica el acuerdo de desistimiento acordado el 1 de febrero de 2021.

Sexto. Disconformes con estas actuaciones, por ambas empresas se han presentado en fechas de 29 y 30 de noviembre de 2021, sendos recursos especiales. En ambos casos, los motivos de impugnación se refieren tanto a la irregularidad en la notificación del acuerdo de desistimiento como la improcedencia del mismo, al no concurrir los presupuestos en que la misma se fundamenta.

Séptimo. Recibido el expediente, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, sin que hasta la fecha se haya producido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en 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) y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 LCSP, el artículo 22.1.1º RPERMC, así como en virtud del Convenio de colaboración suscrito por el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).



Tercero. A continuación, procede estudiar la posible acumulación de ambos recursos. Así, nos encontramos con sendos recursos dirigidos a impugnar un mismo acto, el acuerdo de desistimiento, siendo similares y en parte coincidentes los motivos de dicha impugnación.

Consecuencia de lo anterior, este Tribunal acuerda la acumulación de ambos recursos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Cuarto. Nos encontramos ante un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que los mismos son susceptibles de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, es objeto del recurso el acuerdo de desistimiento en los expedientes de referencia, por lo que se trataría de un objeto susceptible de impugnación conforme al apartado b) del artículo 44.2 de la LCSP. Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Quinto. Ambas recurrentes están legitimadas para interponer recurso al haberse presentado a la licitación, de conformidad con el artículo 48 LCSP y perjudicar a sus derechos e intereses legítimos, según razonan en sus recursos, de confirmarse el acuerdo de desistimiento del contrato, pues perderían cualquier opción de resultar adjudicatarios del contrato.

Sexto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50.1 b) LCSP, toda vez que la notificación del acto recurrido a los recurrentes no se produce hasta el 9 de noviembre de 2021, no pudiendo la inexplicable falta de diligencia de la administración en la comunicación, impedir el correcto ejercicio de los derechos por los interesados.

Séptimo. Con carácter previo a entrar al fondo del asunto, debe examinarse la solicitud de acceso al expediente por parte de BIOMASA.



Sobre el derecho de acceso al expediente, el artículo 52 LCSP, por remisión del artículo 121 LCSE, señala que:

“1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.”

Por su parte, el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RCL 2015, 1442, 1749), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que:

“3. Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación , podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación



en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.”

Estos preceptos establecen el carácter potestativo del acceso, habiendo determinado este Tribunal, de forma reiterada, que dicho acceso reviste un carácter netamente instrumental en cuanto sea necesario para la correcta articulación del recurso.

Este Tribunal ha venido sentando una consolidada doctrina acerca del derecho de acceso al expediente, de la que resulta ineludible partir para resolver la cuestión objeto de discusión.

A tal respecto, podemos citar en primer término la Resolución nº 166/2019:

“Señala el artículo 29 del Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre (RCL 2015, 1442, 1749), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: ‘1. La puesta de manifiesto del expediente a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento de adjudicación para formular alegaciones, se hará por la Secretaría del Tribunal durante el plazo de cinco días hábiles de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RCL 2011, 2050y RCL 2012, 106) y 105.3 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre (RCL 2007, 1965). 2. Los interesados podrán tomar cuantas notas necesiten para formular sus alegaciones y solicitar copia o certificado de aquellos documentos contenidos en el expediente que sean indispensables para ejercer su derecho de defensa, que se expedirán por la Secretaría siempre que los medios disponibles lo permitan y no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos. La Secretaría no estará obligada a aceptar ninguna solicitud genérica respecto de la expedición de copias. 3. Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación



se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones'. Este precepto debe ser puesto en relación con el contenido en el artículo 133 LCSP (RCL 2017, 1303y RCL 2018, 809), que señala: '1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en 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 estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores. El deber de confidencialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles'. A la vista de lo anterior, este Tribunal ha venido generando una doctrina constante, que se basaba ya en lo dispuesto en el antiguo artículo 140 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (RCL 2011, 2050y RCL 2012, 106) , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) y que resulta plenamente aplicable a la luz de la nueva normativa antes expuesta. En síntesis, dicha doctrina viene a señalar: a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como



aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada (Resolución nº 58/2018). b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (RCL 2015, 1477) , de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (Resolución nº 732/2016). c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución nº 393/2016). d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución nº 741/2018)."

Aplicando estos criterios al caso que nos ocupa, no procedería el acceso al expediente, en primer lugar, por el hecho de que, una vez notificado el acto recurrido, no existe solicitud de acceso al expediente de cuya infracción pudiera derivarse la estimación de esta solicitud al Tribunal. En este sentido, no es posible diferir, como se pretende en el escrito de recurso, y a pesar de las vicisitudes previas que se desprenden del expediente, la solicitud de acceso al expediente una vez se remitiera al Tribunal, sino que tal solicitud debió efectuarse en el momento procedimental oportuno.

A mayor abundamiento, como se desprende de la doctrina arriba transcrita, este acceso es de carácter instrumental y dirigido a garantizar la ausencia de indefensión para los recurrentes. En este caso, se aprecia que no existe en el expediente otra documentación que la que se cita en el propio escrito de recurso, pues no consta ninguna notificación

previa del acuerdo de desistimiento de la resolución del recurso dentro de dicho expediente y tampoco tal circunstancia se esgrime por el órgano de contratación, por lo que tampoco desde este punto de vista tal acceso resultaría necesario. Asimismo, del escrito de recurso se desprende que ha podido combatir, de manera amplia y sin ninguna limitación, los argumentos del posible desistimiento.

Por todo lo anterior, y como avanzábamos, no resulta necesario el acceso al expediente solicitado.

Octavo. Entrando en el fondo del asunto, deben examinarse en primer lugar las alegaciones tanto de BIOMASA como de CESPAS sobre las irregularidades procedimentales existentes en la adopción de la decisión de desistimiento.

Sostiene BIOMASA que dicha decisión ni fue notificada a los licitadores, ni fue objeto de publicación en la PLACE y comunicación a la Comisión Europea (la falta de publicación del anterior recurso especial considera este Tribunal que excede del ámbito del presente recurso en cuanto queda desvinculado del objeto impugnado). La falta de publicación con respecto al acuerdo de desistimiento no figura expresamente entre las causas de nulidad de pleno Derecho establecidas en el artículo 39 LCSP (sólo allí se contempla expresamente como tal en la letra c) de su apartado 2, la falta de publicación del anuncio de licitación) ni tampoco en el artículo 40 LCSP, como causas de anulabilidad.

Pues bien, considera este Tribunal que tales irregularidades, deben examinarse de forma separada. Así, en lo que se refiere a la falta de publicación en la plataforma y la comunicación a la Comisión no constituyen vicios que afecten directamente a la eficacia del acto frente a los interesados, pues va más encaminado a garantizar la transparencia del procedimiento y puede ser objeto de subsanación.

Cuestión distinta es la dilación en la notificación del desistimiento a las entidades recurrentes. La notificación de los actos administrativos actúa como presupuesto de su eficacia frente a los administrados, de manera que permita a estos conocer el contenido de la actuación administrativa para, en su caso, reaccionar frente a la misma a través de los oportunos instrumentos jurídicos. Como señala la reciente Sentencia de 24 de marzo de 2021, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo:



“el punto de partida de esta labor no puede ser otro que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, reconocer que los actos de notificación " cumplen una función relevante, ya que, al dar noticia de la correspondiente resolución, permiten al afectado adoptar las medidas que estime más eficaces para sus intereses, singularmente la oportuna interposición de los recursos procedentes " (STC 155/1989, de 5 de octubre”.

En el caso que nos ocupa, la dilación en el tiempo de la notificación del desistimiento por la falta de diligencia en su práctica impediría al órgano de contratación oponer a los hoy recurrentes la extemporaneidad del recurso o la firmeza del acto, a los efectos de haber iniciado un nuevo procedimiento, que habrían generado indefensión a los interesados y por lo tanto haber constituido una irregularidad procedimental invalidante, pero en ningún caso afectaría por sí misma a la validez de la decisión adoptada.

Por ello, en el caso que nos ocupa, dado que de estas irregularidades no se ha derivado una indefensión a los recurrentes, pues han podido interponer el correspondiente recurso, y sin perjuicio de lo referido a la ejecución del contrato anterior que indica BIOMASA en su escrito y que escapa del ámbito del presente recurso, considera este Tribunal que no se ha producido irregularidad invalidante y, por lo tanto, se procederá a entrar al fondo del asunto, es decir, determinar si resulta o no procedente el desistimiento acordado.

Por otro lado, CESPA, después de poner de relieve también las diversas deficiencias procedimentales en relación con el primer recurso, sostiene que la actuación del Ayuntamiento de Jávea y el posterior desistimiento de Abonos Orgánicos Montagut del recurso especial sustrajeron de la competencia de este Tribunal la posibilidad de entrar a resolver sobre la procedencia de la exclusión, de manera que a través de este desistimiento se está procediendo a practicar una suerte de revisión de oficio de la exclusión operada.

En relación con esta última alegación debe indicarse que la misma excede del ámbito de este recurso, pues lo que se pretende es entrar a resolver sobre una actuación en relación con la cual ya se pronunció este Tribunal, al constar el desistimiento del recurrente de su escrito de recurso.

Por ello, si no se estaba de acuerdo con esta decisión, una vez se tuvo conocimiento de la



decisión adoptada por este Tribunal (que se entronca de nuevo con su derecho a no sufrir indefensión), debió proceder a su impugnación ante los Tribunales.

Cuestión distinta, como ya avanzábamos al examinar las alegaciones de BIOMASA, es que, de acuerdo con las vicisitudes expuestas, este Tribunal sí pueda entrar a examinar, por constituir el objeto del recurso, la procedencia o improcedencia del desistimiento acordado.

Noveno. Resueltas las anteriores cuestiones, procederemos a continuación a determinar si el desistimiento acordado fue conforme a derecho.

El motivo del citado desistimiento es la redacción de la cláusula 9ª con la cláusula 11ª PCAP. Dispone la primera que:

“CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN:

Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato son los siguientes, y se valorarán sobre un máximo de 100 puntos:

Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor:

- Proyecto de Prestación del Servicio. Hasta un máximo de 15 puntos.-

Se deberá presentar en la oferta un proyecto de prestación del servicio en el que se indicará los diferentes elementos, humanos y materiales, a incluir en la realización de los trabajos y la forma de realizar la gestión de los restos de jardinería, así como el destino final previsto de los mismos y su tratamiento, debiéndose aportar justificación de la capacidad de tratamiento del material triturado, tanto en planta propia o ajena, indicándose el destino final del producto, de tal manera que se garantice la capacidad de absorción de la totalidad del material objeto de contrato. Se valorará especialmente la gestión del residuo en planta propia con capacidad para las toneladas que se indican en el presente pliego y en el pliego de prescripciones técnicas.



Descripción de los medios personales y materiales a utilizar durante la gestión de los restos de jardinería objeto de contrato. (Hasta 5 puntos).

Tratamiento de los restos (Hasta 5 puntos).

Se valorará la gestión al amparo del art. 8 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

La jerarquía de residuos por el siguiente orden de prioridad:

- a) Prevención; (5 puntos)
- b) Preparación para la reutilización; (4 puntos)
- c) Reciclado; (3 puntos)
- d) Otro tipo de valorización, incluida la valorización energética; (2 puntos)
- e) Eliminación. (1 punto).

En caso de presentar varias salidas al producto se puntuará la que ofrezca una mayor cantidad (toneladas) de tratamiento de los restos vegetales.

Garantía de capacidad de gestión. (Hasta 5 puntos)

Con el fin de garantizar la continua gestión del producto y evitar su acumulación, se valorará con 5 puntos a la gestión del material en planta propia de la empresa licitadora con capacidad suficiente para la absorción del material objeto de contrato. El objeto de esta valoración es la no dependencia de terceros para la gestión final del producto.

Criterios evaluables de forma automática:

Proposición económica: Hasta un máximo de 75 puntos.

Se otorgarán 75 puntos a la propuesta económica más baja.



A la oferta económica que presente la baja más favorable se le concederá la máxima puntuación. Al resto se le aplicará la puntuación que corresponda según la siguiente fórmula matemática:

$$P_i = 75 \times Ob/O_i$$

Donde:

P_i= Puntuación de la oferta i

O_i= Precio ofertado por i Ob=

Precio ofertado más bajo

2.- Disminución de la huella de carbono en el transporte de los restos de jardinería (Hasta 10 puntos).

Con el fin de tender a una mayor sostenibilidad ambiental en la gestión de los residuos verdes se valorará la menor emisión de CO₂ en el transporte, de manera que se atenderá a la distancia al destino final.

Se valorará de la siguiente forma:

- Distancia entre 0 y 75 Km. Se valorará con 10 puntos*
- Distancia entre 75 y 150 Km. Se valorará con 5 puntos*
- Distancias mayores de 150 Km. Se valorarán con 0 puntos*

Los destinos finales del producto serán los indicados en el Proyecto de Prestación del Servicio.

Para la consideración de que la oferta contiene valores anormalmente bajos, se atenderá en este apartado a lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP y en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.



La adjudicación recaerá en la oferta que obtenga mayor puntuación en la suma de los criterios de adjudicación.”

Por su parte, la cláusula 11ª, en la parte que aquí se refiere, que es la referente al modo de presentación del sobre 2, dispone que:

“SOBRE O ARCHIVO ELECTRÓNICO NÚMERO 2: *Contendrá la siguiente documentación relativa a los **criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor:***

PROYECTO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO, *de conformidad con cláusula 9 del presente pliego.*

El licitador presentará el proyecto de prestación del servicio a que se refiere la cláusula 9ª de este pliego, de forma desarrollada y completa. Deberá estar firmado por el licitador.

Cualquier referencia en este sobre a la proposición económica, a las mejoras evaluables o a cualquier documentación que deba ser incluida en el sobre 3 será causa de rechazo de la proposición y de la exclusión del procedimiento de licitación.”

A partir de esta redacción, el órgano de contratación funda el desistimiento en que entiende que el propio pliego está induciendo a error a los licitadores en la presentación de la documentación, al indicar que incluyan información del sobre número 3 en el sobre número 2, de forma que se anticipa parte de la puntuación a obtener en la valoración del sobre número 3, al indicar la cláusula 9ª del pliego de cláusulas administrativas que se indicará en el proyecto (sobre número 2) el destino final del producto, y al ser objeto de puntuación entre los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas (sobre número 3) la distancia al destino final, añadiendo que los destinos finales del producto serán los indicados en el proyecto.

Frente a esta interpretación, los recurrentes consideran que era posible articular la oferta sin indicar la instalación de destino, tal y como hicieron en sus respectivas ofertas, no



atendiendo además el Ayuntamiento a sus propias aclaraciones en consultas planteadas, en las que indicaba que al tratarse de una información que al tratarse de una información que va a ser objeto de valoración en el sobre 3, bastará con indicar en el sobre 2 que esta información figura en el sobre 3 y que, en todo caso a través de este desistimiento lo que se pretendía era una revocación de la anterior exclusión acordada.

En relación con el desistimiento por parte del órgano de contratación, la doctrina de este Tribunal contenida, entre otras, en la Resolución nº 323/2016, de 29 de abril, dispone que:

“Se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes. Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurran los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato”.

En el caso que nos ocupa, y a pesar de los esfuerzos argumentales y del incorrecto modo de proceder del órgano de contratación, que debió acordar la modificación en cuanto se le puso de manifiesto, lo cierto es que concurre un defecto insubsanable, según se manifiesta, que afecta a un elemento de la oferta y que no puede ser rectificado en el momento advertido.

En efecto, en el sobre 2 se exige la indicación del destino final de los residuos, que va a ser objeto de valoración, mientras que en el sobre 3 se contempla un criterio fijado en función del lugar donde se ubique el citado destino final, lo que supone introducir en el sobre 2 criterios que han de ser igualmente objeto de valoración en el sobre 3, vulnerando así lo dispuesto en los artículos 146.2 LCSP y 26 y 30 del del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.



Tal infracción, que además puede llevar aparejada la exclusión de un licitador, como ocurrió en este caso, no puede ser salvada a través de la aclaración emitida por el órgano de contratación, pues el PCAP, en cuanto constituye la ley entre las partes en este procedimiento, exige la inclusión de tal indicación a efectos de su valoración dentro de los criterios evaluables mediante juicio de valor.

Del mismo modo, tampoco puede esgrimirse que dos de los contratistas interpretaran de otra forma los pliegos pues en ningún caso tal circunstancia puede suponer un perjuicio en relación con otro licitador que pueda tener la grave consecuencia de la exclusión del licitador.

Por último, y a efectos meramente dialécticos, el argumento de que nos encontramos ante una revisión impropia o revocación de la previa decisión de exclusión, lo cierto es que, con independencia de que como hemos dicho, la decisión debió adoptarse con anterioridad, cualquier desistimiento tendría los mismos efectos en cualquier licitación respecto de cualquiera de los actos previamente adoptados, por lo que dicho argumento no puede prosperar.

Consecuencia de lo anterior, considera este Tribunal que efectivamente concurre un defecto no subsanable, que el mismo ha sido correctamente justificado (no se discute tampoco la falta de motivación por parte de los recurrentes) y que se ha apreciado con anterioridad a la adjudicación del contrato, por lo que el desistimiento resulta ajustado a derecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos interpuestos por D. J.M.G.P., en representación de la empresa BIOMASA DEL GUADALQUIVIR, S.A. (en adelante Biomasa del Guadalquivir) y D. J.T.O., en representación de CESPAS GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A. (en adelante, CESPAS) contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Jávea,



adoptado el 1 de febrero de 2021, por el que acuerda desistir del procedimiento de contratación del “Servicio de valorización y transferencia de los restos de jardinería verdes depositados en la zona de transferencia de Ramblars”, Expte. 3043/2020.

Segundo. 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 multa prevista en el artículo 58 de la 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.