



Recurso nº 521/2014 C.A. Illes Balears 043/2014

Resolución nº 575/2014

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

En Madrid, a 24 de julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.M.M., en nombre y representación de la sociedad MELCHOR MASCARÓ, S.A.U., frente al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lluçmajor, de 12 de junio de 2014, por el cual se adjudica el contrato de "Gestión de servicio público de recogida de transporte de residuos sólidos urbanos generados en el término municipal de Lluçmajor", el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante acuerdo de su Alcalde de 17 de diciembre de 2013, el Ayuntamiento de Lluçmajor inicia expediente de contratación para la adjudicación del contrato del servicio público de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos.

El anuncio de licitación fue publicado en el Boletín Oficial de las Islas Baleares de 4 de marzo de 2014.

Presentadas las proposiciones de los licitadores, por parte de la mesa de contratación se procedió, en distintas sesiones, a la apertura de los sobres conteniendo la documentación general, así como de los sobres correspondientes a las proposiciones.

Tras la apertura del sobre nº 3 conteniendo la documentación correspondiente a los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, se emite informe por técnico municipal analizando las mismas. En el acta nº 3 de la mesa de contratación se da

lectura a dicho informe y se acuerda distribuir los 22 puntos correspondientes al criterio de planificación y organización del servicio, subdividiéndolos según allí se indica.

Una vez valorados los criterios evaluables mediante juicio de valor, en posterior sesión de la mesa se abren los sobres nº 4 (criterios evaluables mediante fórmulas), y, tras la correspondiente valoración, se acuerda por la mesa de contratación, conforme consta en acta de fecha 14 de mayo de 2014, proponer al órgano de contratación la adjudicación a favor de la empresa Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. (FCC), que obtuvo la mejor puntuación, seguida de MELCHOR MASCARÓ, S.A.U.

Conforme con dicha propuesta, por parte del Pleno del Ayuntamiento se acuerda la adjudicación del contrato a favor de FCC en acuerdo de fecha 12 de junio de 2014.

Segundo. Con fecha 30 de junio de 2014 se presenta en el registro del Ayuntamiento recurso especial en materia de contratación interpuesto por MELCHOR MASCARÓ, S.A.U. frente a dicho acuerdo de adjudicación.

En el recurso se defiende, en primer término, que la adjudicataria del contrato, FCC, hubo de ser excluida de la licitación, toda vez que su oferta no se ajustó debidamente a los requisitos mínimos exigidos por los pliegos. En tal sentido, se manifiesta que dicha empresa no ha acreditado su solvencia técnica conforme a lo previsto en la cláusula 5 del PCAP y letra F del cuadro de características del contrato (Anexo II), al entender que de los mismos resulta la necesidad de acreditar dicha solvencia técnica a través de uno de los medios establecidos en el art. 78 del TRLCSP y además también, de forma obligatoria, mediante lo especificado en el art. 78 punto h), siendo así que, conforme a este último apartado, la adjudicataria tan solo aportó la declaración de maquinaria, material y equipo técnico.

Junto a lo anterior, se aduce la vulneración del punto 12 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), en concreto en cuanto a la exigencia de que todos los medios materiales y maquinaria que se propongan para este servicio fuesen de nueva adquisición, poniendo de relieve que del Proyecto técnico de ejecución del servicio presentado por FCC se desprende que la oferta de dicha entidad contiene 3 camiones que no son de nueva adquisición sino que son ya de su propiedad.

Adicionalmente, señala la infracción de los puntos 1 y 11 del PPT, defendiendo que la oferta del adjudicatario no respeta las indicaciones previstas por el Plan Director Sectorial de residuos sólidos urbanos para los residuos provenientes del municipio de Lluçmajor.

Con base en los incumplimientos referidos, defiende la recurrente la procedencia de la exclusión de la oferta de FCC por incumplir las exigencias de los pliegos.

A lo anterior se añade, con carácter subsidiario, la procedencia de anular la puntuación otorgada en el apartado relativo a la *"Organización y Planificación del servicio"*. Sobre este particular, la recurrente cuestiona el reparto de puntuación que la mesa de contratación realizó, conforme consta en el acta nº 3, de fecha 6 de mayo de 2014. Estima que lo allí acordado supuso introducir, de forma novedosa y a posteriori, ya a la vista de las ofertas y del informe del Ingeniero Municipal, la ponderación de cada uno de los subcriterios fijados en el punto 3 del apartado B del pliego de cláusulas administrativas particulares relativos a la *"Organización y Planificación del servicio"*, criterio al que se otorgaba 22 puntos. Considera a este respecto la recurrente que la mesa, al establecer la concreta puntuación atribuible a cada uno de los conceptos valorables que en este criterio señalaba el pliego, así como al fijar nuevos subcriterios de valoración, ya a la vista de las ofertas presentadas y del informe que las valoraba, *"vulneró de pleno los principios de transparencia e igualdad de trato a los licitadores que consagrados en el art. 1 del TRLCSP, siendo su actuación, además, indudablemente contraria a lo previsto en los arts. 150 y 151 del TRLCSP así como en la jurisprudencia, nacional y comunitaria, y las resoluciones de los órganos competentes en materia de contratación pública, pues no solo realizó una clasificación a posteriori imposible de llevar a cabo, por manifiesta incompetencia e improcedencia temporal, sino que además ni la motivó adecuadamente, ni se ajustó a lo que los PLIEGOS preveían ni tan siquiera puntuó con los mismos parámetros ofertas aparentemente iguales, lo que se explicará, de igual modo y con mayor detalle, en la siguiente alegación"*.

Defiende aquí el recurso, con cita de jurisprudencia comunitaria y de distintas resoluciones de este Tribunal, que conforme al art. 150 del TRLCSP los criterios de valoración de las ofertas así como la ponderación relativa a cada uno de ellos deben ser definidos por el órgano de contratación y deben quedar determinados en el anuncio de

licitación o en los pliegos, puesto que servirán de base para la adjudicación del contrato. La finalidad perseguida por este precepto es la de dar cobertura a los principios de transparencia e igualdad de los licitadores puesto que con anterioridad a la presentación de sus ofertas ya conocen en detalle los criterios que el órgano adjudicador tendrá en cuenta para proceder a la adjudicación.

Defiende en consecuencia la *“anulación de la puntuación otorgada por la Mesa en el apartado "Organización y Planificación del servicio", toda vez que no procede fijar a posteriori coeficientes de ponderación a los sub-criterios de adjudicación establecidos los PLIEGOS, sin que éstos se hayan puesto previamente en conocimiento de todos los licitadores, y menos aún que esto lo haga la Mesa y no el órgano de contratación, que es el único competente para determinar los criterios de valoración y su ponderación”*.

Adicionalmente, alega que el reparto que hizo la Mesa de esos puntos resultó ser del todo inaceptable, denunciando distintas desigualdades en la puntuación otorgada así como la arbitrariedad con la que a su juicio se ha llevado a cabo la valoración de dicho criterio adjudicador.

Termina el recurso interesando su estimación y la anulación del acto de adjudicación recurrido, con los siguientes pronunciamientos:

“a) Que procede la exclusión de la oferta presentada por FCC al ser contraria a los pliegos del concurso, lo que conlleva la adjudicación del contrato a mi representada.

b) Subsidiariamente, anule los puntos otorgados por la Mesa en el apartado relativo a la "Organización y Planificación del servicio", lo que igualmente conlleva a determinar que la adjudicación del contrato corresponde a mi representada, al ser la oferta mejor puntuada.

c) Asimismo, y en virtud de lo dispuesto en el art. 45 del TRLCSP, acuerde la suspensión de la tramitación del expediente de contratación hasta la resolución del presente recurso”.

Tercero. El órgano de contratación ha evacuado el informe previsto en el art. 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, defendiendo la legalidad de la adjudicación.

Así, y por lo que atañe a la pretendida falta de acreditación de la solvencia técnica, considera que en todo caso ello hubiese sido objeto de subsanación y no de exclusión.

En cuanto a la alegación relativa a que los medios materiales y maquinaria que se propongan para este servicio habrán de ser de nueva adquisición, defiende que se está aludiendo a la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, y que la oferta de FCC aporta toda la maquinaria afecta a la recogida y transporte de nueva adquisición, y que la maquinaria a que se alude son tres camiones para el lavado de contenedores, lo que bien podía hacerse de forma manual, y cuya existencia ni se prevé en el pliego de prescripciones técnicas ni en el estudio económico que lo sustenta ni se destinan a recogida ni a transporte de residuos.

Se niega también la falta de adecuación de la oferta a lo dispuesto en el Plan Director Sectorial de Residuos Sólidos Urbanos, y, en lo que se refiere a las alegaciones referentes a la organización y planificación del servicio, se manifiesta que *“se efectuó una ponderación de los subcriterios para dar una mayor objetividad y facilitar la tarea, por cuanto se trata de criterios subjetivos, es decir, se trata de decidir cual de las ofertas presentadas, a juicio de la Mesa, satisface mejor los intereses generales y la Mesa desglosó aquellos aspectos que consideró más interesantes de entre los señalados para la mejor prestación de un servicio de vital importancia, y que la vista de lo reflejado en las actas de la Mesa la oferta presentada por el recurrente no sólo no garantizaba la mejor prestación del servicio, sino que siquiera garantizaba su prestación, en especial a medio y largo plazo, ya que los medios humanos y materiales se caracterizaban por su escasez”*.

En esta misma línea, se indica que la subdivisión consta en las actas porque se ha querido dejar constancia de la transparencia con la que actuó la mesa, añadiendo que los criterios de adjudicación fijados originariamente nunca se han modificado, ni por la mesa, ni por el órgano de contratación.

Por último, se defiende la valoración realizada por la mesa en referencia a los criterios cuestionados en el recurso, así como que la recurrente debió haber impugnado el acto de aprobación de los pliegos.

Cuarto. Por parte de la Secretaría del Tribunal se ha conferido traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiéndose formulado alegaciones por parte de la empresa adjudicataria, Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. (FCC).

En estas alegaciones solicita la desestimación del recurso, discutiendo los motivos de impugnación articulados en el mismo. Defiende, en primer lugar, el cumplimiento de lo establecido por el pliego respecto de la acreditación de la solvencia técnica, al entender que de su texto se desprende que resulta suficiente con la aportación de la declaración de maquinaria, material y equipos a que hace referencia el art. 78. h) TRLCSP. Estima, a estos efectos, que *“si el licitador sólo acompaña la declaración del art. 78 h) TRLCSP ha cumplido con lo exigido por el Pliego y por la Ley, ya que ha acreditado su solvencia con uno de los medios previstos en el art. 78 TRLCSP y precisamente con el que el Pliego considera obligatorio. Por descontado que cada licitador puede acompañar otros medios de acreditación de la solvencia técnica, pero siempre obligatoriamente debe acompañar la declaración a que se refiere el art. 78 h) TRLCSP”*.

Asimismo, aduce que su oferta cumple con la exigencia establecida en el art. 12 del Pliego de Prescripciones Técnicas, puesto que en el Proyecto técnico de ejecución del servicio de su oferta la maquinaria se distribuye en dos columnas tituladas: *“Nuevos”* y *“Aportado FCC”*, sin que pueda entenderse, en contra de lo defendido en el recurso, que los tres camiones que se contienen en el segundo grupo no sean de nueva adquisición, cuando esto no se indica ni en el cuadro ni en ninguna otra parte de la oferta.

Razona asimismo que su propuesta no incumple el Plan Director Sectorial para la Gestión de los Residuos Urbanos de la isla de Mallorca.

Por último, se refiere la adjudicataria en sus alegaciones a la valoración por el criterio *“Organización y Planificación del servicio”*, y en lo que se refiere a la concreción por la mesa de la puntuación aplicable en este concepto, estima que se trata de una decisión lícita de la mesa que, para mayor transparencia y motivación de su valoración, procede a atribuir los puntos de un criterio entre los distintos elementos o aspectos que el propio

pliego establece que deben ser tenidos en cuenta al puntuar, sin que ello implique la modificación de los criterios de adjudicación fijados en el pliego, ni introduzca elementos nuevos que, de haber sido conocidos por los licitadores con antelación hubiesen podido influir en sus ofertas, ni suponga discriminación en perjuicio de algún licitador.

En defensa de esta argumentación cita la Resolución nº 304/2014, de 11 de abril, de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como la Resolución nº 389/2014, de 19 de mayo, defendiendo que para valorar las ofertas por los criterios "*Organización y Planificación del Servicio*" la mesa se ha ajustado a la puntuación máxima y a los aspectos de valoración establecidos en el Pliego, sin que pueda afirmarse que ha existido discriminación en el momento de puntuar las ofertas, negando las distintas arbitrariedades en la valoración cuestionadas en el recurso.

Quinto. Con fecha 11 de julio de 2014 la Secretaria de este Tribunal resolvió mantener la suspensión del procedimiento de licitación producida como consecuencia de lo previsto en el art. 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 41, apartados 3 y 4, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en relación con el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 29 de noviembre de 2012 y publicado en el BOE de 19 de diciembre de dicho año.

Segundo. Dado que nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 277.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para determinar la procedencia del recurso especial habremos de estar a lo previsto en el art. 40.1.c) del

TRLCSP, que señala que serán susceptibles de este recurso especial en materia de contratación los actos del art. 40.2 cuando se refieran a *“contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años”*.

Se trata pues de un doble requisito, de carácter cumulativo, esto es, para que proceda en este tipo de contratos este recurso especial debe concurrir la doble circunstancia de que el presupuesto de gastos de primer establecimiento supere los 500.00 euros, IVA excluido, y que el plazo de duración del contrato sea superior a cinco años.

En nuestro caso se advierte con claridad que se cumple el requisito de plazo, puesto que conforme a la cláusula 8 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en relación con el apartado C del cuadro de características (Anexo II) el plazo de ejecución, prórrogas incluidas, es de 12 años.

Habremos de centrarnos pues en el análisis del requisito relativo al presupuesto de gastos de primer establecimiento, concepto al que nos referíamos extensamente en la Resolución nº 43/2013 de este Tribunal, citada por otras posteriores como la nº 203/2013. En dicha resolución se acudía para definir este concepto a otros preceptos del TRLCSP en los que se alude al mismo. Así, en el artículo 154 se exige la obligatoria publicación en el Boletín Oficial del Estado o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias, de la formalización de los contratos de gestión de servicios públicos, *“cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior”* a 100.000 euros. Decíamos entonces a la vista de ello que no puede dejar de notarse que, al emplear el término *“presupuesto”* por referencia a contratos ya formalizados, forzosamente se está haciendo alusión a gastos que, por mucho que sean necesarios para la puesta en marcha del servicio, aún han de acometerse y cuya cuantía es por ello meramente estimada.

Hacíamos referencia asimismo al artículo 172.b), que corrobora definitivamente esa inferencia, puesto que, al definir los supuestos en los que es dable acudir al procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios

públicos, incluye entre ellos el de los contratos de "*gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años*". Observábamos como la alusión a que el presupuesto "*se prevea*" abunda en la idea de que aquel se contrae a gastos futuros, aún no asumidos.

Desde esta perspectiva, concluíamos que cuando el artículo 40.1.c) alude a los contratos cuyo "*presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros*", dicha expresión ha de entenderse alusiva al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido.

Y ello se refiere, como resulta de la referencia realizada a este término en los ya citados arts. 154 y 172.b), no ya estrictamente a los gastos que hayan de acometerse de manera inmediata a la formalización del contrato, sino a todos aquéllos que esté previsto realizar para la prestación del servicio público.

Pues bien, si proyectamos esas notas del concepto sobre el contrato que nos ocupa, habremos de concluir en que si bien no existe referencia expresa alguna al "*presupuesto de gastos de primer establecimiento*" ni en el Pliego de cláusulas administrativas particulares ni en el Pliego de prescripciones técnicas, sí que se impone la obligación de realizar determinados gastos o inversiones como exigencia necesaria para la prestación del servicio, por importe superior a la cifra de referencia. Así, tal y como se pone de relieve en el recurso presentado, sin que se trate de cuestión controvertida ni por el órgano de contratación ni por el adjudicatario, se impone la obligación de sustituir la mayor parte de los contenedores existentes (cláusula 9.1 del PPT) así como de aportar maquinaria de nueva adquisición para la realización del servicio (cláusula 12 del PPT), lo que habrá de suponer una inversión inicial para la puesta en marcha del servicio superior a los 500.000 euros, si tenemos presente que en la oferta presentada por el adjudicatario

(pág. 17 de su proposición económica –sobre nº 2) se cifra dicha inversión inicial en un importe superior a los dos millones de euros.

Debe concluirse por tanto que en este caso concurre asimismo el requisito de existir un presupuesto de gastos de primer establecimiento superior a los 500.00 euros, IVA excluido, con lo que resulta procedente el recurso especial en materia de contratación.

Nos encontramos asimismo ante un acto susceptible de recurso, al impugnarse el acuerdo de adjudicación del contrato (art. 40.2.c) TRLCSP).

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha en que el recurrente se tiene por notificado del acto impugnado (cuya fecha de notificación al mismo no consta fehacientemente acreditada), el 24 de junio de 2014 (como se manifiesta en el anuncio previo presentado), y la de presentación del recurso, habiéndose presentado el recurso en el registro del órgano de contratación, conforme permite el art. 44.3 de dicho Texto legal. Asimismo, se ha formulado el anuncio previo previsto en el art. 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que no ha resultado adjudicatario en el acuerdo que se impugna, tratándose además de la segunda oferta mejor valorada.

Quinto. El examen de las cuestiones que plantea el recurso exige alterar el orden seguido por la empresa recurrente, toda vez que, desde una perspectiva lógica, debe analizarse en primer término la crítica que se realiza en torno al criterio de adjudicación relativo a la organización y planificación del servicio, pues de resultar atendible quedaría viciado de raíz no sólo el acuerdo de adjudicación sino igualmente todo el procedimiento de licitación, al entrañar el vicio que se alega un supuesto de nulidad de pleno de derecho de una cláusula del pliego en la que se establece un criterio de adjudicación, por indeterminación de la misma, toda vez que la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento en el pliego, exigida por el artículo 150

del TRLCSP, es una infracción grave que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública.

En este punto, hemos de comenzar recordando la necesidad de que los criterios de adjudicación se definan y ponderen con la suficiente precisión en los pliegos, sin que resulte admisible la expresión de criterios abiertos e imprecisos que dejen plena libertad a la mesa a la hora de su concreción en el proceso de valoración de las ofertas.

Tal y como ha señalado este Tribunal en distintas resoluciones, los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación.

Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Abundando en tal consideración, en la Resolución nº 102/2013, de 6 de marzo, señalábamos que su determinación no puede dejarse a una decisión puramente discrecional del órgano de contratación o de la comisión técnica que le asista adoptada con posterioridad a la apertura de las ofertas, puesto que ello puede generar arbitrariedades y desigualdades entre los concurrentes. Citábamos entonces lo dispuesto en el artículo 150.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: *“Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores*

con una amplitud adecuada. [...] Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia”. De la simple lectura de este precepto se deduce, de una parte, la necesidad de que como norma general se ponderen los criterios de valoración, y de otra, que la ponderación puede hacerse fijando una banda de valores que debe reunir como requisito esencial tener una amplitud adecuada. Con este último requisito, pone de manifiesto el legislador que tampoco en este punto es admisible una total discrecionalidad en el órgano de contratación. Como indica el precepto transcrito, la banda de valores debe tener una amplitud “adecuada”. Bien es cierto que este término tiene la condición de concepto jurídico indeterminado y, por consiguiente, que es prácticamente imposible concretar a priori cuál debe ser esa amplitud. Pero, al menos, su exigencia nos dice que, por deber ser “adecuada”, la facultad del órgano de contratación para fijar tal amplitud no es ilimitada, es decir no es discrecional”.

Por tales razones, y como se concluía asimismo en la resolución citada, la falta de concreción de las puntuaciones en los pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración para trazar los criterios de valoración de la oferta supone un vicio de nulidad de pleno Derecho del artículo 62.1, a) LRJPAC por infracción del principio de igualdad (artículo 14 CE). Entrando, por consiguiente, en franca colisión con todos los principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1.

En la misma línea de razonamiento, en la Resolución nº 65/2013, de 6 de febrero, indicábamos:

“Ante supuestos similares, en numerosas resoluciones de este Tribunal se ha declarado la improcedencia de la aplicación de ese tipo de cláusulas. Como referencia, en la Resolución 69/2012, con apoyo doctrinal detallado -Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis-, se concluía que en un procedimiento de licitación, no se pueden fijar a posteriori reglas de ponderación o subcriterios de adjudicación no establecidos en el pliego y que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no

discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho “... porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”. Por tanto, la conclusión es que, al no haberse establecido previamente los subcriterios y pautas a aplicar para la valoración de las mejoras, las cláusulas del PCAP relativas a esas mejoras incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1. Al declarar la nulidad del criterio de adjudicación relativo a las mejoras, es obligado declarar también la nulidad del proceso de licitación, puesto que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recoge también su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria), “los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”. Y concluye que “La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso... se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”.”.

También en la Resolución nº 590/2013, de 4 de diciembre, declarábamos que si no se ha establecido previamente la puntuación de cada uno de los subcriterios para valorar la oferta técnica, el PCAP adolece de evidentes vicios en cuanto a su validez, incurriendo en un vicio de nulidad de pleno Derecho del artículo 62.1, a) LRJPAC por infracción del principio de igualdad (artículo 14 CE).

Es cierto que la anterior doctrina queda matizada en otras resoluciones, tal y como oportunamente apunta la empresa adjudicataria en su escrito de alegaciones, en las que, acudiendo asimismo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se

detallan las condiciones en las que resulta admisible que la mesa de contratación pueda establecer subcriterios de adjudicación o reglas de ponderación de éstos.

Así, en la Resolución 304/2014, de 11 de abril, se ponía de relieve como la doctrina sentada por el TJUE en el asunto C 532/06 (Alexandroupulis), resuelto mediante sentencia de 24 de noviembre de 2008, que previamente hemos citado, dejaba a salvo la doctrina que el propio Tribunal mantuvo en STJUE de 24 de noviembre de 2005 en el asunto C 331/04 (ATI EAC y Viaggi di Maio), cuyo apartado 32 dispone:

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

— no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;

— no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;

— no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores”.

Citábamos asimismo esta doctrina en la Resolución 389/2014, de 19 de mayo, donde añadíamos que:

“Se trata de dos supuestos de hecho diferentes, de ahí que en principio parezca que en la sentencia de 24 de enero de 2008 (Alexandroupulis) el Tribunal de Justicia adopte una doctrina más restrictiva pero en realidad no lo haga, al dejar expresamente a salvo la doctrina de la sentencia de 24 de noviembre de 2005, referida a un supuesto en el que los Pliegos recogían con un mayor grado de detalle las pautas (los criterios de valoración

y su ponderación, y los subcriterios de aquéllos) aplicables para decidir la adjudicación. En este último supuesto, se insiste, el TJUE admite con ciertas condiciones que la Mesa de Contratación efectúe a posteriori un reparto de los puntos asignados a cada subcriterio, esto es, que fije a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios previstos en los Pliegos. Pues bien, en el supuesto que se examina, y a la vista de los documentos incorporados al expediente, el Tribunal constata que el PCAP aplicable a la licitación contiene, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, una enumeración detallada de los criterios de adjudicación y de la ponderación asignada a los mismos, así como una relación de los subcriterios de valoración y de sus correspondientes coeficientes de ponderación”.

Teniendo presente cuanto hemos venido exponiendo, advertimos en este caso como cada uno de los licitadores en liza llama la atención sobre el aspecto que interesa a su posición jurídica dentro de la línea interpretativa sentada por este Tribunal en torno a la posibilidad de que por la mesa se defina la ponderación de los subcriterios de adjudicación a partir de los criterios sentados en el pliego. Así, la recurrente centra su atención en las resoluciones que niegan tal opción con sustento en la doctrina de la sentencia Alexandroupolis, mientras que, por su parte, el adjudicatario trata de amparar su defensa del acto de adjudicación en aquellas otras resoluciones en las que se admite la licitud de esta actuación de la mesa, bajo determinadas condiciones.

Así las cosas, estimamos que en este supuesto la clave para resolver la controversia radica en un doble aspecto: en primer lugar, en la apreciación de si el criterio de adjudicación establecido por el pliego es lo suficientemente preciso en su definición y alcance, puesto que de otro modo, esto es, de tratarse de un criterio acentuadamente abierto e indeterminado, no cabría aceptar que la concreción de su definición, aspectos a los que alcanza, y puntuación desglosada correspondiente, pudieran ser realizados a posteriori por la mesa de contratación; y, en segundo término, habremos de determinar si, en la hipótesis de poder tenerse por admisible esta circunstancia, la concreción de subcriterios y determinación de la ponderación de éstos realizada por la mesa se acomoda a la descripción del criterio sentada por el pliego, respetando los límites sentados por la sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2005 previamente citada.

Es inexcusable por tanto realizar la comparación entre el texto del pliego al recoger en criterio de adjudicación en liza, y lo acordado por la mesa de contratación al desglosar su puntuación en distintos subcriterios.

Por lo que respecta al PCAP, en el Anexo III, correspondiente al Cuadro de criterios de adjudicación del contrato, al que se remite la cláusula 15.2, se valora con hasta un máximo de 22 puntos el criterio de *“Organización y planificación del servicio”*, indicando el apartado B:

“Se valorará la forma de prestación del servicio propuesta por el licitador y su adaptación a lo dispuesto en el pliego de condiciones técnicas. Se valorará en especial la calidad y fiabilidad de los medios materiales y humanos que se destinarán al servicio, las rutas e itinerarios propuestos y la planificación de la recogida. A este efecto los licitadores presentarán las rutas, con indicación de los días en que se realizará la recogida, la descripción exacta de los contenedores a instalar, haciendo constar su capacidad y calidad, la descripción del material, el número de trabajadores, su categoría profesional y dedicación horaria al servicio, como mínimo”.

De otra parte, en el Acta nº 3 de la mesa de contratación, de 6 de mayo de 2014, se indica que, tras dar lectura al informe emitido, *“a continuación por parte de los miembros de la Mesa se inicia un debate a los efectos de acordar la forma para otorgar los 22 puntos correspondientes a planificación y organización del servicio, acordando parametrizar estos puntos para mejor distribución de los mismos y con observancia de lo establecido en el Anexo III del cuadro de características de adjudicación del contrato que figura en el PCA, subdividiendo los 22 puntos conforme se indica:*

1. *Equipo (calidad y fiabilidad de los medios materiales y humanos que se destinarán al servicio)... 16 puntos, de los que 12 puntos corresponderán al sistema de recogida bilateral, 2 puntos a la recogida trasera y otros dos al sistema de bolseo.*
2. *Rutas e itinerarios, tornando en especial consideración el incremento de frecuencias, por cuanto el ingeniero informa que las rutas e itinerarios propuestos por las empresas son similares, y esta valoración se hará teniendo especialmente en cuenta el*

incremento de frecuencias y la viabilidad de las mismas y de las rutas e itinerarios, concediendo 1'5 puntos para este criterio.

3. *La planificación de la recogida se divide en varios subconceptos, siendo ellos:*

- número de contenedores y su reubicación ... 1'5 puntos

- recogida bilateral en turno de mañana (a los efectos de reducir el impacto de ruidos, olores y también con observancia de la capacidad de reacción en caso de avería de alguno de los camiones, que podrían recoger por la tarde de darse el caso de avería)... 2 puntos.

- seguimiento informático de las rutas ... 1 punto”.

A juicio de este Tribunal, de la simple lectura de uno y otro texto resulta como la mesa ha venido a llenar de contenido de forma discrecional la genérica previsión del pliego, donde tan solo se establecían en términos muy abiertos los aspectos a considerar para la valoración de este criterio. Así, la mesa viene a distribuir los 22 puntos correspondientes al mismo de forma no proporcional, atribuyendo la mayor parte de ellos, 16, a uno de los aspectos contemplados por el pliego, el equipo de trabajo, y a su vez aquí se establecen nuevos conceptos a considerar, como es el tipo de recogida, dando intensa preeminencia al sistema de recogida bilateral (12 puntos). El resultado es que ya más del 50% de la puntuación total asignada al criterio genérico que examinamos por el pliego ha venido a ser referenciada por la mesa a un concreto subconcepto no específicamente contemplado por aquél, cual es el del equipo destinado a la recogida bilateral. A ello se suma el que se establezcan de forma completamente novedosa los aspectos a valorar en lo relativo a la planificación de la recogida a que se refiere el pliego (por ejemplo, puntuando específicamente la recogida bilateral en turno de mañana), y, por último, el que este sistema de valoración se establezca una vez conocido el detalle de las ofertas recogido en el informe técnico, lo que resulta contrario a los principios de igualdad, objetividad y transparencia.

No cabe pues sino concluir en que la inconcreción del pliego ha permitido a la mesa actuar con completa libertad a la hora de establecer los parámetros de valoración de las

ofertas en lo que se refiere a este criterio de adjudicación y, lo que resulta especialmente inadmisiblemente, distribuir a su antojo la relevante puntuación global asignada al criterio entre los diferentes conceptos valorativos que ha estimado conveniente considerar, lo que no pudo ser tomado en cuenta por los licitadores al formular sus ofertas.

Estimamos, en esta línea, que se exceden los límites dentro de los que, conforme a la ya referida sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2005, el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, puesto que, en primer lugar, no se trata sólo de atribuir una ponderación concreta a elementos secundarios del criterio, sino, más propiamente, de especificar cuales son los aspectos concretos objeto de valoración dentro del concepto genérico señalado por el pliego sin la suficiente especificación. A ello se suma, en segundo término que, en contra de lo apuntado en la referida sentencia, nos encontramos aquí con que, de una parte, se han modificado los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones (no otra cosa cabe afirmar a la vista de la elevada puntuación que ahora se otorga al concreto aspecto del equipo correspondiente al sistema de recogida bilateral), y, asimismo, se han introducido nuevos conceptos valorables. Todo ello, de haber sido conocido en el momento de la preparación de las ofertas, habría sin duda influido en tal preparación. En definitiva, tanto la fijación del criterio de adjudicación en el pliego como la posterior actuación de la mesa vulneran abiertamente los principios esenciales de la contratación pública, en la línea de cuanto hemos venido apuntando.

Por lo demás, y en este mismo orden de cosas, el propio hecho de que la mesa haya podido establecer con mucho mayor detalle y precisión que el pliego los conceptos valorables en el seno de este genérico criterio de adjudicación, así como los coeficientes aplicables a cada uno de ellos, evidencia sin asomo de duda que tal distribución y concreción pudo y debió llevarse a efecto en el pliego, en los términos que el órgano de contratación, único competente para ello, hubiera estimado procedente.

Hemos de insistir aquí, nuevamente, en que el objetivo que persigue la exigencia legal de establecer en los pliegos los criterios de valoración aplicables y su forma de ponderación no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración en la selección del

contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento. Por ello, los criterios de valoración y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad y precisión en los pliegos, de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas, tal y como aquí advertimos que ha sucedido vista la actuación de la mesa desarrollando y concretando a posteriori el criterio de adjudicación que venimos examinando.

Debe exigirse siempre, como pauta de respeto a los principios esenciales de la contratación pública, que la definición tanto del contenido de los criterios adjudicación como de las reglas de ponderación de los mismos que se realice en el pliego sea lo suficientemente precisa, de suerte que la discrecionalidad de la mesa de contratación quede circunscrita a la aplicación de tales criterios a las circunstancias concretas de cada oferta, sin que pueda alcanzar, por el contrario, a la concreción de la propia definición del criterio o de las reglas de ponderación del mismo, como aquí ha ocurrido.

Y, desde luego, el desglose realizado por la mesa no viene sino a evidenciar que ya en el momento de elaboración del pliego era perfectamente posible detallar con la precisión requerida los distintos conceptos valorables dentro del criterio general a la postre establecido. De igual modo, el informe del órgano de contratación, cuando señala que con este desglose la mesa no hizo sino atender al principio de objetividad y transparencia en la valoración, está asumiendo implícitamente que dichos principios fueron eludidos en la redacción del pliego, siendo aquél el momento en el que debió precisarse, con el detalle posteriormente plasmado por la mesa, el contenido y puntuación de los aspectos valorables en cuanto a este criterio de planificación y organización del servicio.

En definitiva, no cabe sino estimar que procede anular el acuerdo de adjudicación impugnado, en tanto se sustenta en la selección de una oferta basada en una valoración realizada por la mesa vulnerando los principios esenciales de la contratación pública, al haber establecido nuevos parámetros y coeficientes de ponderación de las ofertas al amparo de la cláusula del pliego que establece un criterio de adjudicación abierto e impreciso en relación con la planificación y organización del servicio. Asimismo, y en la línea de las resoluciones del Tribunal que previamente se han citado, el efecto de dicha

anulación no puede ser, como pretende la empresa recurrente, eliminar la valoración de dicho criterio y estar al resto de los fijados por el pliego, sino que, siendo nula de pleno derecho la cláusula que establece el criterio en cuestión, no cabe sino anular el procedimiento de licitación.

Efectivamente, hemos de estar a las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula que contiene un criterio de adjudicación y sus efectos en todo el procedimiento de licitación, conforme al criterio ya sentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 4 de diciembre de 2003 dictada en el asunto C-448/01 “EVN y WIENSTROM”. La fundamentación jurídica contenida en esa Sentencia conduce a la necesaria invalidación de todo lo actuado y, en concreto, a cancelar todo el procedimiento de adjudicación, debiendo el órgano de contratación comenzar un nuevo procedimiento de contratación administrativa. En definitiva, la declaración de nulidad de un criterio de adjudicación, como es el caso, conlleva la sanción de nulidad de todo lo actuado en dicho expediente de concurrencia competitiva, con fundamento en el respeto al principio de igualdad y no discriminación entre todos los licitadores, tanto los concurrentes como terceros que pudieron presentarse a dicha licitación.

A la luz de esta doctrina jurisprudencial, este Tribunal al hacer la declaración de nulidad, en aras a garantizar el máximo respeto a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación en los procedimientos de concurrencia competitiva (artículo 1 del TRLCSP), necesariamente ha de declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación, que podrá en su caso reanudarse desde su acuerdo inicial subsanando la infracción advertida, precisando con el grado de detalle necesario la definición de este criterio de adjudicación y de los subconceptos integrantes del mismo, así como la ponderación relativa aplicable a cada uno de ellos.

Estimado el recurso en atención a lo anteriormente expresado (parcialmente, pues no procede acordar la adjudicación en favor del recurrente según interesa), no resulta preciso entrar a valorar el resto de los motivos de impugnación articulados, si bien no podemos dejar de apuntar, en la medida en que es cuestión que pudiera afectar, en su caso, a la redacción de un nuevo pliego, que la crítica relativa a la acreditación de la solvencia técnica pone de relieve como el pliego no establece en este punto cuál sea el

concreto grado o nivel de solvencia exigido, limitándose a expresar los medios a emplear para acreditar la misma. Recordemos aquí que en el pliego deben señalarse las “condiciones mínimas” de solvencia exigidas (art. 62 TRLCSP), esto es, debe incluirse la concreta medida, grado o nivel de solvencia económica, financiera, y técnica o profesional que han de tener las empresas para poder ser admitidas a licitación. Se trata por tanto de que se indique cuál es la concreta y precisa solvencia exigible, fijando, en referencia a los medios de acreditación que se estimen pertinentes de los previstos en el TRLCSP, cuál sea en cada caso y en referencia a cada uno de los medios de acreditación que se señalen, la medida, grado o nivel de solvencia exigida para seleccionar a las empresas que podrán acceder a la adjudicación del contrato (art. 11 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por R.D. 1098/2001, de 12 de octubre).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. A.M.M. en nombre y representación de la sociedad MELCHOR MASCARÓ, S.A.U., frente al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lluçmajor, de 12 de junio de 2014, por el cual se adjudica el contrato de "Gestión de servicio público de recogida de transporte de residuos sólidos urbanos generados en el término municipal de Lluçmajor", declarando la nulidad de pleno Derecho del criterio de adjudicación relativo a la “*Organización y planificación del servicio*”, contenido en el Anexo III del pliego de cláusulas administrativas particulares (cuadro de criterios de adjudicación del contrato), con expresa declaración de nulidad de pleno Derecho de todo el procedimiento de licitación, todo ello con retroacción de actuaciones al momento inicial del mismo, pudiendo iniciarse un nuevo procedimiento en el que se corrijan las infracciones legales apreciadas.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.